jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Vwgh Erkenntnis 1999/5/26 94/12/0299

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.05.1999

**Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
40/01 Verwaltungsverfahren;
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;
63/07 Personalvertretung;

**Norm**

AVG §56;
BDG 1979 §43 Abs1;
BDG 1979 §44 Abs1;
BDG 1979 §44 Abs2;
BDG 1979 §44 Abs3;
BDG 1979 §45 Abs1;
BDG 1979 §45 Abs2;
BDG 1979 §48 Abs2;
BDG 1979 §48 Abs4;
BDG 1979 §48 Abs5;
BDG 1979 §48;
BDG 1979 §49;
B-VG Art18 Abs1;
B-VG Art20 Abs1;
PVG 1967 §10 Abs2;
PVG 1967 §10 Abs9;
PVG 1967 §9 Abs1;
PVG 1967 §9 Abs2 litb;
PVG 1967 §9 Abs2;
VwRallg;

**Beachte**

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):94/12/0350

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß,

Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Julcher, über die Beschwerden des J in N, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Dr. Peter Ringhofer, Dr. Martin Riedl und Dr. Georg Riedl, Rechtsanwälte in Wien I, Franz Josefs-Kai 5, gegen 1. den Bescheid des Bundesministers für Finanzen vom 7. Oktober 1994, Zl. 30 3201/7-III/8/92 wegen Überstunden- sowie Sonn- und Feiertagsvergütung nach §§ 16 und 17 des Gehaltsgesetzes 1956 (protokolliert unter Zl 94/12/0299) und

2. den Bescheid des Bundesministers für Finanzen vom 27. Oktober 1994, Zl. 30 3201/2-III/8/94, betreffend die Feststellung, dass die Befolgung des seit Juni 1991 geltenden Dienstplanes zu den Dienstpflichten gehört (protokolliert unter Zl. 94/12/0350), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von insgesamt S 9130,-- (jeweils S 4.565,-- pro Beschwerde) binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Der Beschwerdeführer stand zum Zeitpunkt des zu beurteilenden Verwaltungsgeschehens als Oberrevident in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er ist als Zollbeamter am Zollamt Flughafen X. (im folgenden Zollamt) tätig.

Bis einschließlich Mai 1991 war der von den Zollbeamten am Flughafen X. laut (bis dahin geltendem alten) Dienstplan zu erbringende Plandienst (Normaldienst) während einer Sechs-Tage-Woche (Montag - Samstag) zu leisten; Dienstleistungen an Sonn- und Feiertagen waren daher Überstunden und wurden nach §§ 16 und 17 Abs. 1 und 2 des Gehaltsgesetzes 1956 (GG) abgegolten.

Verhandlungen, diesen Dienstplan bereits im Sommer 1989 in einen kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstplan (unter Einbeziehung der Sonn- und gesetzlichen Feiertage) abzuändern, scheiterten zunächst mangels Einvernehmens mit dem zuständigen Dienststellenausschuss für sonstige Bedienstete an dieser Dienststelle (im folgenden DA genannt). Der mit dieser Angelegenheit in der Folge befasste Fachausschuss bei der zuständigen Finanzlandesdirektion (FLD) erzielte mit dem Präsidenten der FLD ein in einer Niederschrift vom 22. Juni 1989 festgehaltenes Einvernehmen, wonach die bisherige Diensteinteilung für Zollbeamte bis zur Entscheidung der Zentralstelle über die Vorgangsweise bei der Aufteilung der von Zollwachebeamten zu erbringenden "Pflichtstunden" auf Werk-, Sonn- und Feiertage beibehalten werden solle.

Nach den vorgelegten Akten benachrichtigte der Leiter des Zollamtes, nachdem ihm am 21. Mai 1991 die Weisung, einen mit den Richtlinien des Bundesministers für Finanzen (Erlass vom 2. November 1989 in der Fassung der 3. Ergänzung) betreffend Dienstplan und Anordnung von Überstunden bei den Zollämtern und Zollwachabteilungen (RL/DÜ) übereinstimmenden kontinuierlichen Wechsel- und Schichtdienstplan mit 1. Juni 1991 einzuführen, erteilt worden war, den DA von dieser geplanten Maßnahme. Die vorgesetzten Stellen vertraten dabei die Auffassung, dass mit dem DA nicht zu verhandeln sei.

Am 23. Mai 1991 fand ein informelles Gespräch zwischen dem Präsidenten der FLD und dem DA-Obmann statt.

Mit Schreiben vom 24. Mai 1991 erhob der DA Einwendungen gegen die beabsichtigte Einführung des neuen Dienstplanes. Im Wesentlichen wurde vorgebracht, der bisherige Dienstplan entspreche dem § 48 Abs. 2 BDG 1979. Jede weitere Diensteinteilung über diesen Dienstplan hinaus wäre durch Anordnung von Überstunden vorzunehmen. Die Einteilung des "zivilen Dienstes" an Sonn- und Feiertagen sei - anders als bei den Kollegen der Zollwache - entsprechend dem Arbeitsaufwand (und nicht durchgehend) anzuordnen. Die Einführung eines kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstes für die Zollbeamten sei nicht erforderlich. Unter Hinweis auf § 10 Abs. 8 des Bundes-Personalvertretungsgesetzes (PVG) machte der DA geltend, dass Interessen der Wirtschaft (Geschäftsinteressen) nicht vor sozialen Interessen zu berücksichtigen seien. Abschließend wies der DA auf die "aufschiebende Wirkung" dieses Einspruches hin und verlangte die Aufnahme von Verhandlungen über die vorgebrachten Einwendungen nach § 10 Abs. 4 PVG.

Mit Wirkung vom 1. Juni 1991 wurde auf Grund einer Weisung der belangten Behörde vom Leiter der Dienststelle des Zollamtes für die Zollbeamten ein Dienstplan nach § 48 Abs. 5 BDG 1979 unter Einbeziehung der regelmäßigen

Dienstleistung an Sonn- und Feiertagen in Kraft gesetzt (Einführung eines kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstes für Zollbeamten; im Folgenden neuer Dienstplan genannt). Dies führt nach § 17 Abs. 3 GG dazu, dass die Dienstleistung eines turnusweise zu solchen Sonn- und Feiertagsdiensten eingeteilten Zollbeamten besoldungsrechtlich als Werktagsdienst gilt. Die Abgeltung dieses Dienstes erfolgt nach § 17 Abs. 4 GG. Wird der Beamte während der für die Leistung des Sonn- und Feiertagsdienstes zugewiesenen Ersatzruhezeit zu Dienstleistungen herangezogen, gilt dieser Dienst (besoldungsrechtlich) als Sonntagsdienst.

Mit Schreiben vom 6. Juni 1991 beantragte der DA beim Dienststellenleiter die Vorlage der strittigen Angelegenheit an die sachlich übergeordnete Dienststelle, weil im Hinblick auf dessen Weisung betreffend den neuen Dienstplan keine Einigung im Sinn des § 10 Abs. 5 PVG zustande gekommen sei.

Der Dienststellenleiter übermittelte diesen Vorlageantrag mit Schreiben vom 11. Juni 1991 der FLD. Aus den vorgelegten Verwaltungsakten geht hervor, dass in der Folge Gespräche stattfanden, die für die Zeit vom 1. Jänner bis 31. März 1992 zur Einführung eines befristeten Probedienstplanes (mit bestimmten Abweichungen in der Verteilung der Dienstzeit und der Anzahl der Überstunden gegenüber dem neuen Dienstplan, aber unter Beibehaltung des kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstplanes) führten. Da sich jedoch der DA (auf Grund des Ergebnisses einer Dienststellenversammlung) außerstande sah, der endgültigen Einführung dieses Probedienstplanes zuzustimmen, trat ab 1. Mai 1992 wieder der neue Dienstplan vom Juni 1991 in Kraft. Zu einem weiteren Verfahren nach § 10 Abs. 6 bzw. Abs. 7 PVG oder einer Befassung der PVAK nach § 41 Abs. 5 PVG kam es nach den vorgelegten Verwaltungsakten in der Folge nicht.

A) Besoldungsrechtliches Verfahren (erstangefochtener Bescheid)

1. Bereits mit Schreiben vom 23. Juni 1991 stellte(n) der Beschwerdeführer (und andere bei dieser Dienststelle eingeteilte Zollbeamte) den Antrag, dass über die Verrechnung der laut Dienstplan Juni 1991 angeordneten Dienste, die seiner (ihrer) Meinung nach rechtswidrig seien, bescheidmäßig abgesprochen werde. Dieser Antrag löste das Verfahren aus, das mit dem erstangefochtenen Bescheid abgeschlossen wurde.

2. Über Aufforderung der FLD (Dienstbehörde 1. Instanz) präzisierte der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 20. November 1991 seine rechtlichen Bedenken gegen den neuen Dienstplan dahin, dass entgegen § 9 Abs. 2 lit. b PVG kein Einvernehmen mit dem DA hergestellt worden sei. Der DA habe die Änderung des Dienstplanes beeinsprucht; es liege daher das erforderliche Einvernehmen nicht vor, weshalb der neue Dienstplan rechtswidrig sei. Es sei dem Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar, dass der mit 1. Juni 1991 in Kraft gesetzte neue Dienstplan "trotz aufschiebender Wirkung des Veto der Personalvertretung" weiterhin gehandhabt werde. Er werde zu Dienstleistungen verhalten, die nach dem Gesetz keineswegs hätten angeordnet werden dürfen. Es sei auch nicht einzusehen, dass er wegen dieser Rechtswidrigkeit zudem noch Nachteile bei seinen Einkünften hinnehmen müsse. Der Beschwerdeführer stellte daher (zusätzlich) den Antrag auf "bescheidmäßige Feststellung, dass ich im Sinne obiger Ausführungen nicht verpflichtet bin, die seit 1. Juni 1991 angeordneten Dienste zu leisten." Dieser im Rahmen der Ermittlungen zum Erstantrag gestellte zusätzliche (zweite) Feststellungsantrag löste das mit dem zweitangefochtenen Bescheid abgeschlossene Verwaltungsverfahren aus (siehe dazu unter B).

3. Mit Bescheid vom 28. September 1992 stellte die FLD auf Grund des unter 1.) dargestellten Antrages fest, dass die Verrechnung der laut Dienstplan angeordneten Dienste gemäß §§ 48 Abs. 1, 4 und 5 und 49 BDG 1979 in Verbindung mit den §§ 15, 16 und 17 GG erfolgt sei. In der Folge wurden jeweils das Gesamtausmaß der vom Beschwerdeführer laut der von ihm eingereichten Überstundenabrechnung im Lohnzahlungszeitraum Juni 1991 bis Juni 1992 geleisteten Überstunden sowie ihre Vergütung (mit unterschiedlichen Zuschlägen) festgestellt.

In der Begründung führte die Dienstbehörde 1. Instanz im Wesentlichen aus, der (neue) Dienstplan sei nach den Richtlinien des Bundesministers für Finanzen (Erlass vom 2. November 1989) betreffend Dienstplan und Anordnung von Überstunden bei den Zollämtern und Zollwachabteilungen (RL/DÜ) erstellt worden. Da seine Erstellung über Weisung des Bundesministeriums für Finanzen verfügt worden sei, sei das Feststellungsbegehren betreffend die Rechtswidrigkeit der Dienstplanänderung (Anmerkung: gemeint ist offenbar der 2. Feststellungsantrag vom 20. November 1991 - siehe oben unter 2.) im Hinblick auf § 1 Abs. 1 Z. 9 DVV 1981 der belangten Behörde als der zur Entscheidung zuständigen Dienstbehörde vorgelegt worden. Äußerungen der Dienstbehörde

1. Instanz zur Rechtmäßigkeit des neuen Dienstplanes seien daher als Beurteilung einer Vorfrage anzusehen.

Dem behaupteten Verstoß gegen § 9 Abs. 2 lit. b PVG hielt die FLD entgegen, § 10 Abs. 1 leg. cit. sehe keine Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung durch den Dienststellenleiter vor. Der übergangene DA habe nur die Möglichkeit, durch einen von ihm gestellten Antrag die Angelegenheit an den Dienststellenleiter heranzutragen (§ 4 lit. a PVG) und eine Beratung hierüber herbeizuführen (§ 10 Abs. 4 PVG) oder aber das Vorgehen des Dienststellenleiters dem Fachausschuss (FA) mitzuteilen, der seinerseits den Zentralausschuss (ZA) informieren könne; diesem bleibe es überlassen, durch entsprechende Schritte beim Dienstvorgesetzten des Dienststellenleiters die Einhaltung der Bestimmungen des PVG bzw. allenfalls den Widerruf der ohne Mitwirkung des DA getroffenen Maßnahmen des Dienststellenleiters zu erreichen. Welche Rechte der Personalvertretung zur Wahrung der Interessen der Bediensteten tatsächlich zustünden, ergebe sich aus den §§ 9, 12 und 14 PVG, der einzuhaltende Weg und die Grenzen der Wahrnehmung dieser Interessen aus § 10, insbesondere dessen Abs. 7: danach sei oberster Verhandlungspartner der Organe der Personalvertretung immer der Leiter der Zentralstelle.

Die dritte Ergänzung der RL/DÜ vom 29. Jänner 1991 sei von den zuständigen Zentralausschüssen (ZA/sonstige Bedienstete am 13. Februar 1991 und ZA/Zollwache am 27. Februar 1991) aktenkundig ohne Widerspruch zur Kenntnis genommen worden (Erlass des Bundesministeriums für Finanzen GZ 05 3200/1-III/8/91).

Für die Durchführung eines Verfahrens gemäß § 10 PVG bleibe daher kein Raum.

Beziehe der im Dienstplan vorgesehene Schicht- und Wechseldienst auch Sonn- und Feiertage ein, dann liege ein kontinuierlicher Schicht- und Wechseldienst vor, bei dem gemäß § 48 Abs. 5 BDG 1979 die Dienstleistung an Sonn- und Feiertagen gegen gleichzeitige Festlegung einer Ersatzruhezeit als Werktagsdienst gelte. Die Dienstverrichtung an Sonn- und Feiertagen löse somit gemäß § 48 Abs 5 BDG 1979 in Verbindung mit § 17 Abs. 3 GG keinen Anspruch auf Sonn- und Feiertagsvergütung im Sinne des § 17 Abs. 1 und 2 GG aus, sondern nur einen solchen auf Sonn- und Feiertagszulage nach § 17 Abs. 4 GG. Die Verrechnung der Überstunden für die einzelnen Monate ab Juni 1991 (wie im Spruch dargelegt) sei daher zu recht erfolgt.

4. In seiner Berufung focht der Beschwerdeführer den erstinstanzlichen Bescheid insoweit an, als die Überstundenabgeltung unrichtig vorgenommen worden sei. Die Gesamtzahl der im genannten Zeitraum geleisteten Überstunden werde dem Grunde nach nicht bestritten. Seiner Meinung nach hätte die Überstundenverrechnung (auch nach dem 1. Juni 1991) nach dem alten Dienstplan erfolgen müssen. Es treffe nicht zu, dass der ZA die dritte Ergänzung der RL/DÜ vom 29. Jänner 1991 widerspruchslos zur Kenntnis genommen habe, da in dieser RL/DÜ selbst (in deren Punkt 1.3.) auf § 9 Abs. 2 lit. b PVG hingewiesen werde (Herstellung des Einvernehmens mit dem DA). Die erforderliche Einigung mit dem örtlichen Dienststellenleiter sei nicht erfolgt. Vielmehr habe der DA deshalb die Aufschiebung der Maßnahme verlangt und ein Verfahren nach § 10 PVG angestrengt. Bis zur endgültigen Entscheidung des Leiters der Zentralstelle über die Dienstplanänderung hätte somit die Überstundenabrechnung nach dem alten Dienstplan erfolgen müssen.

Der neue Dienstplan verstoße auch gegen § 48 Abs. 5 BDG 1979, weil eine Vorhersehbarkeit der Leistung von Sonn- und Feiertagsdiensten nicht gegeben sei.

5. In der Folge brachte der Beschwerdeführer wegen Verletzung der Entscheidungspflicht in dieser Angelegenheit die unter Zl. 94/12/0152 protokollierte Säumnisbeschwerde ein. Darin wurde - neben der Verletzung des § 9 Abs. 2 lit. b PVG - auch mit einer neuen Begründung die Verletzung des § 48 BDG 1979 geltend gemacht. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung seien Sonntage, gesetzliche Feiertage und Samstage dienstfrei zu halten, soweit nicht zwingende dienstliche oder sonstige öffentliche Interessen entgegenstünden. Daraus folge, dass solche Interessen erforderlich seien, um einen Schicht- oder Wechselplan einzuführen; ferner sei - auch aus Art. 7 B-VG - abzuleiten, dass im Fall einer anderen Diensteinteilung dafür vorzusorgen sei, dass die davon betroffenen Beamten insgesamt nicht benachteiligt würden. Eine solche Benachteiligung sei in der Einbeziehung der Sonn- und Feiertage in den neuen Dienstplan zu erblicken. Nur für Zollwachebeamte bestehe das Erfordernis einer kontinuierlichen Überwachungstätigkeit mit personell gleich bleibender Besetzung; diese Voraussetzungen würden aber für Zollbeamte nicht gelten, die unbeschadet einiger Besonderheiten zur allgemeinen Verwaltung gehörten. Die von ihnen zu verrichtende Arbeit sei zeitlich ausreichend disponibel, sodass es entbehrlich sei, einen durchgehenden Wechsel- oder Schichtdienst einzurichten. Dazu komme, dass das Erfordernis der Regelmäßigkeit von Dienstleistungen an Sonn- und Feiertagen nicht erfüllt sei; diese Tätigkeiten würden ohne erkennbares System in unregelmäßigen Zeitabständen auf einzelne Bedienstete aufgeteilt.

Dieses Verfahren wurde mit hg. Beschluss vom 19. Oktober 1994 wegen Nachholung des versäumten Bescheides (dies ist der nunmehr erstangefochtene Bescheid) eingestellt.

6. Mit dem nunmehr erstangefochtenen Bescheid vom 7. Oktober 1994 wies die belangte Behörde die Berufung ab; sie fasste den Spruch jedoch insoweit neu, als sie die Gebührlichkeit der Überstunden- bzw Sonn- und Feiertagsvergütung für die Monate Juni 1991 bis Juni 1992 betragsmäßig feststellte. Eine inhaltliche Änderung trat dadurch jedoch nicht ein.

Nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens ging die belangte Behörde davon aus, dass die Anzahl der geleisteten Überstunden und die Zeit ihrer Leistung unbestritten seien. Vor dem "Streitzeitraum" seien in den monatlich geltenden Dienstplänen die Planstunden auf eine Sechs-Tage-Woche verteilt gewesen; ab Juni 1991 seien sie entsprechend dem neuen Schicht- oder Wechseldienst auf alle Tage der Woche einschließlich der Sonn- und Feiertage verteilt worden, was nach den gehaltsrechtlichen Bestimmungen wesentliche Auswirkungen auf die Abrechnung der Überstunden gehabt habe.

Strittig sei ausschließlich, ob die für den Streitzeitraum geltenden monatlichen Dienstpläne rechtswirksam seien.

Zum behaupteten Verstoß gegen § 48 BDG 1979 führte die belangte Behörde - auch in Auseinandersetzung mit dem dazu in der Säumnisbeschwerde erstatteten Vorbringen - aus, es sei offenkundig, dass angesichts des allgemein bekannten Ausmaßes des Flugbetriebes am Flughafen X., dem sowohl beim Personen- als auch beim Güterverkehr mit Abstand bedeutendsten Österreichs, der Dienstbetrieb an dieser Dienststelle über die Zeit des Normaldienstplanes hinaus aufrechterhalten und dort auch regelmäßig an Sonn- und Feiertagen Dienst versehen werden müsse. Dies habe der Beschwerdeführer in seiner Berufung auch nicht in Zweifel gezogen, habe er doch dort in der Einführung des neuen Dienstplanes nur einen Verstoß gegen § 48 Abs. 5 BDG 1979 erblickt, weil der einzelne Bedienstete unregelmäßig zu Sonn- und Feiertagsdiensten eingeteilt werde. Selbst bei Vorliegen der bloß allgemein behaupteten unregelmäßigen Einteilung finde dieser Einwand im Gesetzeswortlaut keine Stütze: danach komme es lediglich darauf an, dass seitens der Dienststelle solche Tätigkeiten regelmäßig zu erbringen seien (arg.: "ist regelmäßig an Sonn- und Feiertagen Dienst zu leisten und wird der Beamte zu solchen Sonn- und Feiertagsdiensten eingeteilt ..."), nicht aber darauf, ob der Beamte regelmäßig zu solchen Sonn- und Feiertagen eingeteilt werde.

Zum Einwand des Beschwerdeführers (in seiner Säumnisbeschwerde), dieses Erfordernis treffe nur auf die Zollwachebeamten, nicht aber auf die Zollbeamten zu, wies die belangte Behörde darauf hin, der allgemein bekannte Umfang und die Sensibilität der Aufgaben im Reiseverkehr ebenso wie der Umfang des über die Dienststelle des Beschwerdeführers abgewickelten Warenverkehrs und die spezifischen Eigenschaften dieser Waren (hoher Wert und/oder leichte Verderblichkeit) erforderten die Anwesenheit einer ausreichenden Zahl qualifizierter Zollbeamter an Sonn- und Feiertagen, weil sich diese Umstände auch zu diesen Zeiten nicht entscheidend verringerten. Dem Benachteiligungseinwand hielt die belangte Behörde entgegen, die Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beamten nach § 48 Abs. 2 BDG 1979 könne nicht den Dienstgeber verpflichten, stets die für ihn ungünstigste Variante zu wählen. Dagegen sprächen nicht nur die verfassungsgesetzlich gebotenen Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltungsführung (Art. 126b Abs. 5 B-VG), sondern auch der Wortlaut des § 48 BDG 1979 in seiner Gesamtheit, da ansonsten die Absätze 4 folgende dieser Bestimmung offenkundig sinnlos wären.

Der behaupteten Rechtswidrigkeit nach dem PVG hielt die belangte Behörde entgegen, aus dem PVG ergäben sich drei Argumente, die gegen die Rechtsunwirksamkeit des bekämpften Dienstplanes sprächen:

a) In der taxativen Aufzählung des § 10 Abs. 5 letzter Satz PVG (Unterbleiben von Maßnahmen, gegen die der DA Einwendungen bzw. Gegenvorschläge vorgebracht habe, bis zum endgültigen Abspruch darüber) scheine der Tatbestand des § 9 Abs. 2 lit. b PVG nicht auf. Der DA könne daher nicht verlangen, dass die Maßnahmen so lange zu unterbleiben hätten, bis über die Einwendungen/Gegenvorschläge endgültig abgesprochen worden sei. Die Änderung eines Dienstplanes könne daher vor Beendigung eines allfälligen Verfahrens gemäß § 10 Abs. 5 PVG rechtswirksam in Kraft gesetzt werden. Auch eine Verletzung von Bestimmungen des PVG stehe dem nicht entgegen.

b ) § 10 PVG knüpfe nur in einem Fall, der aber hier nicht vorliege, an seine Verletzung die Rechtsfolge der Rechtsunwirksamkeit, nämlich bei der Kündigung (§ 10 Abs. 9 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 lit. i PVG). Daraus sei zu schließen, dass in allen übrigen Fällen - und daher auch im Beschwerdefall - eine allfällige Verletzung der Bestimmungen des PVG nicht zur Rechtsunwirksamkeit (hier: des Dienstplanes) führe.

c) Im Beschwerdefall sei unbestritten, dass der strittige neue Dienstplan den RL/DÜ voll entspreche. Der Dienstplan werde also nicht etwa wegen einer Verletzung dieser Richtlinien bekämpft, sondern gerade weil er ihnen entspreche. Es würden daher die Richtlinien selbst in der Gestalt des (konkreten neuen) Dienstplanes bekämpft werden. Dies komme jedoch dem DA nicht zu, sondern falle in die Zuständigkeit des ZA nach § 14 Abs. 1 lit. a

PVG.

Im Hinblick auf diese Besonderheiten sei der DA (der Dienststelle Zollamt Flughafen X.) - trotz der ausdrücklichen Zuweisung in § 9 Abs. 2 lit. b PVG - zur Erhebung von Einwendungen gegen den strittigen neuen Dienstplan unzuständig gewesen. Seine Einwendungen hätten daher auch aus diesem Grund nicht die Rechtswirksamkeit des Dienstplanes hindern können, wobei es unerheblich sei, ob - wie im Beschwerdefall - die Richtlinien vom zuständigen ZA bereits genehmigt bzw. nicht beeinsprucht worden seien oder nicht.

Dies gelte umso mehr, wenn die Genehmigung (des ZA) bereits erteilt worden sei. In einem derartigen Fall laufe das § 10 - Verfahren darauf hinaus, dass der ZA entweder völlig unnötigerweise seine einmal abgegebene Stellungnahme jederzeit auf Verlangen irgendeines DA erneut bekräftigen müsse oder - was als völlig unvereinbar mit dem Geist des PVG erscheine - jede (neuerliche) Intervention irgendeines DA zum Anlass nehmen könne, einmal erteilte Zusagen zu revidieren. Im Falle einer bereits durch den ZA genehmigten Richtlinie bleibe - um mit den Worten der Dienstbehörde 1. Instanz zu sprechen - tatsächlich für ein § 10-Verfahren kein Raum mehr.

Der für die Mitwirkung an der Erlassung der RL/DÜ bei den Zollämtern und Zollwachabteilungen (jeweils) zuständige ZA könne seine Zuständigkeit nicht an irgendeinen DA delegieren. Dies auch dann nicht, wenn diese Richtlinien "im Zuge der allgemeinen Rekapitulation der Rechtslage" ua auch den wesentlichen Inhalt der Regelung des § 9 Abs. 2 lit. b PVG (der in anderen Fällen ja auch tatsächlich von Bedeutung sei) wiedergebe.

7. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende unter Zl. 94/12/0299 protokollierte Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragte.

B) Dienstrechtliches Verfahren ( zweitangefochtener Bescheid)

1. Dieses Verfahren nahm seinen Ausgang von dem zusätzlichen Feststellungsantrag des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 20. November 1991, er sei (aus den im besoldungsrechtlichen Verfahren vorgebrachten Gründen) nicht verpflichtet, die seit 1. Juni 1991 angeordneten Dienste zu leisten (siehe dazu A 2.)

2. In der Folge brachte der Beschwerdeführer (nach Einbringung eines Devolutionsantrages) wegen Verletzung der Entscheidungspflicht in dieser Angelegenheit die unter Zl. 94/12/0151 beim Verwaltungsgerichtshof protokollierte Säumnisbeschwerde ein. Sie enthält im Wesentlichen dieselben Ausführungen wie die unter A 5. dargestellte Säumnisbeschwerde im besoldungsrechtlichen Streit.

Dieses Verfahren wurde mit Beschluss vom 14. Dezember 1994 wegen Nachholung des versäumten Bescheides (dies ist der nunmehr zweitangefochtene Bescheid) eingestellt.

3. Mit dem nunmehr zweitangefochtenen Bescheid vom 27. Oktober 1994 wies die belangte Behörde den unter 1. erwähnten Feststellungsantrag des Beschwerdeführers vom 20. November 1991 ab. Gleichzeitig stellte sie fest, dass die Befolgung des ab 1. Juni 1991 für ihn geltenden Dienstplanes gemäß § 48 BDG 1979 zu seinen Dienstpflichten zähle. In der Begründung wird sowohl zum Vorwurf, der neue Dienstplan verstoße gegen § 48 Abs. 5 BDG 1979, als auch zur behaupteten Rechtswidrigkeit nach dem PVG in derselben Weise Stellung genommen wie im erstangefochtenen Bescheid. Da die Begründungen im Wesentlichen wörtlich übereinstimmen, wird von einer neuerlichen Wiedergabe Abstand genommen (vgl. dazu oben die Darstellung beim erstangefochtenen Bescheid unter A 6.)

4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende unter Zl. 94/12/0350 protokollierte Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges verbundenen Beschwerden erwogen:

I. Rechtsvorschriften

1. Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979)

Gemäß § 45 Abs. 1 leg. cit. hat der Vorgesetzte darauf zu achten, dass seine Mitarbeiter ihre dienstlichen Aufgaben gesetzmäßig und in zweckmäßiger, wirtschaftlicher und sparsamer Weise erfüllen. Er hat seine Mitarbeiter dabei anzuleiten, ihnen erforderlichenfalls Weisungen zu erteilen, aufgetretene Fehler und Missstände abzustellen und für die Einhaltung der Dienstzeit zu sorgen. Er hat das dienstliche Fortkommen seiner Mitarbeiter nach Maßgabe ihrer Leistungen zu fördern und ihre Verwendung so zu lenken, dass sie ihren Fähigkeiten weitgehend entspricht.

Der Leiter einer Dienststelle oder eines Dienststellenteiles hat nach Abs. 2 dieser Bestimmung außerdem für ein geordnetes Zusammenwirken der einzelnen ihm unterstehenden Organisationseinheiten zum Zwecke der Sicherstellung einer gesetzmäßigen Vollziehung sowie einer zweckmäßigen, wirtschaftlichen und sparsamen Geschäftsgebarung zu sorgen.

§ 48 BDG 1979 lautet auszugsweise.

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

(2) Die regelmäßige Wochendienstzeit des Beamten beträgt 40 Stunden. Die Wochendienstzeit ist unter Berücksichtigung der dienstlichen Erfordernisse und der berechtigten Interessen der Beamten durch einen Dienstplan möglichst gleichmäßig und 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 Normaldienstplanes hinaus aufrechterhalten werden muss und ein Beamter den anderen ohne wesentliche zeitmäßige Überschneidung an der Arbeitsstätte ablöst. Bei wesentlichen zeitmäßigen Überschneidungen liegt Wechseldienst vor.

(5) Ist im Rahmen eines Schicht- oder Wechseldienstplanes oder eines Normaldienstplanes regelmäßig an Sonn- und Feiertagen Dienst zu leisten und wird der Beamte zu solchen Sonn- und Feiertagsdiensten eingeteilt, so ist eine entsprechende Ersatzruhezeit festzusetzen. Der Dienst an Sonn- oder Feiertagen gilt als Werktagsdienst. Wird der Beamte während der Ersatzruhezeit zur Dienstleistung herangezogen, so gilt dieser Dienst als Sonntagsdienst."

2. Gehaltsgesetz 1956 (GG)

§ 17 in der Fassung der 24. GG-Novelle, BGBl. Nr. 214/1972 regelt die Sonn- und Feiertagsvergütung (Sonn- und Feiertagszulage).

Dem Beamten gebührt nach Abs. 1 dieser Bestimmung, soweit im Abs. 4 nichts anderes bestimmt ist, für jede Stunde der Dienstleistung an einem Sonntag oder gesetzlichen Feiertag anstelle der Überstundenvergütung nach § 16 eine Sonn- und Feiertagsvergütung.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung besteht die Sonn- und Feiertagsvergütung aus der Grundvergütung nach § 16 Abs. 3 und einem Zuschlag. Der Zuschlag beträgt für Dienstleistungen bis einschließlich der 8. Stunde 100 v.H. und ab der 9. Stunde 200 v.H. der Grundvergütung.

Ist bei Schicht- oder Wechseldienst regelmäßig an Sonn- und Feiertagen Dienst zu leisten und wird der Beamte 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 während der Ersatzruhezeit zur

Dienstleistung herangezogen, so gilt dieser Dienst als Sonntagsdienst (Abs. 3).

Nach Abs. 4 dieser Bestimmung gebührt dem unter Abs. 3 fallenden Beamten, der an einem Sonntag oder gesetzlichen Feiertag Dienst leistet, für jede Stunde einer solchen Dienstleistung eine Sonn- oder Feiertagszulage im Ausmaß von 1,5 v.H. des Gehaltes der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V zuzüglich einer allfälligen Teuerungszulage.

3. Bundes-Personalvertretungsgesetz (PVG)

Gemäß § 9 Abs. 1 PVG ist der Dienststellenausschuss zur Erfüllung aller jener im § 2 umschriebenen Aufgaben berufen, die nicht ausdrücklich anderen Einrichtungen der Personalvertretung vorbehalten sind. Dabei sind beabsichtigte Maßnahmen vor ihrer Durchführung mit dem Ziel einer Verständigung rechtzeitig und eingehend mit dem Dienststellenausschuss zu verhandeln. In der Folge werden in den lit. a bis o jene Angelegenheiten aufgezählt, in denen diese Form der Mitwirkung vorgesehen ist.

Gemäß § 9 Abs. 2 lit. b ist mit dem Dienststellenausschuss im Sinne des § 10 bei der Erstellung oder Änderung des Dienstplanes und der Diensteinteilung, soweit sich diese über einen längeren Zeitraum bzw. auf mehrere Bedienstete bezieht, das Einvernehmen herzustellen.

§ 10 PVG lautet auszugsweise:

"(1) Beabsichtigte Maßnahmen des Dienststellenleiters im Sinne des § 9 Abs. 1 sind dem Dienststellenausschuss spätestens zwei Wochen vor ihrer Durchführung nachweislich zur Kenntnis zu bringen.

(2) Maßnahmen, hinsichtlich derer mit dem Dienststellenausschuss das Einvernehmen herzustellen ist (§ 9 Abs. 2), sind spätestens zwei Wochen vor ihrer beabsichtigten Durchführung dem Dienststellenausschuss nachweislich zur Kenntnis zu bringen. Das Einvernehmen ist hergestellt, wenn der Dienststellenausschuss zur geplanten Maßnahme die ausdrückliche Zustimmung gibt oder sich innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Mitteilung der geplanten Maßnahme nicht äußert. Der Dienststellenausschuss kann innerhalb der zweiwöchigen Frist Einwendungen erheben und allenfalls Gegenvorschläge machen. Die Einwendungen oder Gegenvorschläge sind zu begründen.

(3) Die im zweiten und dritten Satz des Abs. 2 genannte Frist kann auf begründeten Antrag des Dienststellenausschusses angemessen verlängert werden. Bei Maßnahmen, die keinen Aufschub erleiden dürfen, kann eine kürzere Äußerungsfrist bestimmt werden. Auf Maßnahmen, die sofort getroffen werden müssen, insbesondere bei drohender Gefahr und in Katastrophenfällen, sowie bei Alarm- und Einsatzübungen sind die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 nicht anzuwenden; der Dienststellenausschuss ist jedoch unverzüglich von der getroffenen Maßnahme zu verständigen.

(4) Der Leiter der Dienststelle hat sich auf Verlangen des Dienststellenausschusses mit diesem über Anträge, Anregungen und Vorschläge dieses Ausschusses zu beraten; einem solchen Verlangen ist binnen zwei Wochen Rechnung zu tragen. Das Beratungsergebnis ist vom Dienststellenleiter in Form einer Niederschrift festzuhalten.

(5) Kommt eine Verständigung im Sinne des § 9 Abs. 1 oder ein Einvernehmen im Sinne des § 9 Abs. 2 nicht zustande oder entspricht der Leiter der Dienststelle den schriftlichen Einwendungen des Dienststellenausschusses binnen zwei Wochen nicht in vollem Umfang, so hat er dies dem Dienststellenausschuss unter Angabe der Gründe ohne unnötigen Aufschub schriftlich bekanntzugeben. Dasselbe gilt, wenn der Leiter der Dienststelle glaubt, schriftlich eingebrachten Anträgen, Anregungen und Vorschlägen des Dienststellenausschusses (Abs. 4) nicht nachkommen zu können. Wenn es der Dienststellenausschuss in diesen Fällen innerhalb einer Frist von zwei Wochen verlangt, so ist die Angelegenheit im Dienstweg der sachlich zuständigen übergeordneten Dienststelle, bei der ein für die Angelegenheit zuständiger Fachausschuss errichtet ist, wenn eine solche Dienststelle nicht besteht, der Zentralstelle binnen zwei Wochen vorzulegen. Eine schriftliche Äußerung des Dienststellenausschusses ist in diesem Fall dem Vorlageakt anzuschließen. Auf Verlangen des Dienststellenausschusses haben Maßnahmen im Sinne des § 9 Abs. 1, ausgenommen die in lit. h, i, k, l, n und o genannten, hinsichtlich derer der Dienststellenausschuss Einwendungen oder Gegenvorschläge vorgebracht hat, solange zu unterbleiben, bis über diese Einwendungen oder Gegenvorschläge endgültig abgesprochen ist.

(6) Der Leiter der übergeordneten Dienststelle hat, wenn er den Einwendungen oder Anträgen (Anregungen, Vorschlägen) nicht entspricht, binnen zwei Wochen Beratungen mit dem bei seiner Dienststelle gebildeten und für die Angelegenheit zuständigen Fachausschuss aufzunehmen. Das Ergebnis der Beratungen ist vom Leiter der Dienststelle schriftlich festzuhalten; eine Ausfertigung ist dem Fachausschuss ohne unnötigen Aufschub zuzustellen. Haben die

Beratungen zu keinem Einvernehmen geführt, so ist die Angelegenheit binnen zwei Wochen der Zentralstelle vorzulegen, wenn dies der Fachausschuss binnen zwei Wochen nach Zustellung der schriftlichen Ausfertigung verlangt.

(7) Wird zwischen den sachlich für die Behandlung der Angelegenheit berufenen Organen der Zentralstelle und dem zuständigen Zentralausschuss kein Einvernehmen erzielt, so entscheidet der zuständige Leiter der Zentralstelle ohne unnötigen Aufschub nach Beratung der Angelegenheit mit dem Zentralausschuss. Der Leiter der Zentralstelle hat, sofern es der Zentralausschuss verlangt, vor seiner Entscheidung ein Gutachten der Personalvertretungs-Aufsichtskommission (§§ 39 ff) einzuholen. Entspricht der Leiter der Zentralstelle dem Verlangen des Zentralausschusses nicht binnen zwei Wochen, so kann der Zentralausschuss den Antrag binnen weiteren zwei Wochen bei der Personalvertretungs-Aufsichtskommission stellen. Langt dieses Gutachten nicht binnen vier Wochen ab dem Zeitpunkt seiner Anforderung beim Leiter der Zentralstelle ein, so ist dieser berechtigt, seine Entscheidung zu treffen, ohne das Gutachten abzuwarten.

(8) Die Entscheidung des Leiters der Zentralstelle gemäß Abs. 7 hat nach dem Grundsatz zu erfolgen, dass durch die zu treffende Maßnahme soziale sowie dienstrechtliche Härten für die Bediensteten vermieden werden. Kann eine soziale oder dienstrechtliche Härte jedoch nicht gänzlich vermieden werden, ist so vorzugehen, dass nur eine möglichst geringe Zahl von Bediensteten hiedurch betroffen wird.

(9) Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 lit. i, die unter Verletzung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes getroffen wurden, sind auf Grund eines Antrages des betroffenen Bediensteten nach den für sein Dienstverhältnis geltenden Verfahrensvorschriften für rechtsunwirksam zu erklären, wenn der Antrag (die Klage) innerhalb von sechs Wochen gestellt (eingebracht) wird. Die Frist beginnt mit Ablauf des Tages, an dem der betroffene Bedienstete von der Gesetzesverletzung Kenntnis erlangt hat, spätestens jedoch sechs Monate nach dem Tag, mit dessen Ablauf das Dienstverhältnis durch die Maßnahme gemäß § 9 Abs. 1 lit. i endet."

II. Beschwerdevorbringen (zum erst- und zweitangefochtenen Bescheid)

1. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den erstangefochtenen Bescheid in seinem Recht auf Überstundenvergütung sowie auf Sonn- und Feiertagsvergütung in gesetzlicher Höhe der §§ 16 und 17 GG durch unrichtige Anwendung dieser Normen in Verbindung mit § 48 (insbesondere Abs. 2, 4 und 5) BDG 1979 sowie der §§ 9 und 10 PVG, weiters durch unrichtige Anwendung der Bestimmungen über die Sachverhaltsermittlung, das Parteiengehör und die Bescheidbegründung (§§ 1,8 DVG; §§ 37, 39 und 60 AVG) verletzt.

Bezüglich des zweitangefochtenen Bescheides erachtet er sich in seinem Recht auf Feststellung, dass die Befolgung eines Dienstauftrages, der gegen § 48 BDG 1979 sowie die §§ 9 und 10 PVG verstoße bzw. nach diesen Normen nicht verbindlich sein könne, durch unrichtige Anwendung dieser Bestimmungen sowie der Vorschriften über die Sachverhaltsermittlung, das Parteiengehör und die Bescheidbegründung (§§ 1, 8 DVG; §§ 37, 39 und 60 AVG) verletzt.

Da sich die Beschwerdeausführungen in beiden Beschwerden im Wesentlichen wörtlich decken, werden sie unter einem abgehandelt.

2. Im Beschwerdefall ist davon auszugehen, dass der Dienststellenleiter des Zollamtes mit Wirkung vom 1. Juni 1991 den bisher für Zollbeamte dieser Dienststelle geltenden Typus des Dienstplanes (Sechs-Tage-Wochendienstplan) durch den Typus des kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstplanes (dh unter Einbeziehung der Sonn- und gesetzlichen Feiertage) ersetzt hat und auf Grund dieser generellen Änderung die konkrete Verteilung der Dienststunden auf die Zollbeamten in den nach den RL/DÜ monatlich zu erstellenden Dienstplänen festgesetzt hat. Der Beschwerdeführer wendet sich im Ergebnis gegen die generelle Änderung des Dienstplantypus, die in den für ihn jeweils geltenden individuellen Diensteinteilungen ihren Niederschlag gefunden hat, aus denen sich wieder insbesondere besoldungsrechtliche Konsequenzen für die Abgeltung der von ihm ab 1. Juni 1991 geleisteten Sonn- und Feiertagsdienste ergeben haben (und weiterhin ergeben). Dabei ist es aus der Sicht der im Beschwerdefall zu behandelnden Probleme rechtlich unerheblich, ob diese Änderung formell getrennt durch eine generelle Weisung (Änderung des Typus des Dienstplanes), auf der dann die konkreten Monatsdienstpläne für die Zollbeamten ab 1. Juni 1991 aufbauen, vorgenommen wurde oder sich bloß aus den letzteren selbst ergibt. Wegen der im Beschwerdefall bestehenden Verzahnung zwischen der (explicit oder implicit ergangenen) generellen Weisung (Änderung des Dienstplantypus) und den individuellen Weisungen (konkrete zeitliche Diensteinteilung der Zollbeamten, darunter auch des Beschwerdeführers) hält der Verwaltungsgerichtshof diese Vorgangsweise des Beschwerdeführers für zulässig, weil nur im Fall der Zulässigkeit der Bekämpfung der generellen Weisung ein effektiver Rechtsschutz

gewährleistet erscheint. Der Ausdruck Dienstplan wird in der Folge im Sinn von Dienstplantypus oder generellem Dienstplan verwendet, soweit nicht durch einen besonderen Zusatz anderes zum Ausdruck gebracht wird.

Strittig sind wie bereits im Verwaltungsverfahren folgende Punkte:

a) War bei der Einführung des neuen Dienstplanes für Zollbeamte des Flughafens X. ab 1. Juni 1991 mit dem zuständigen DA dieser Dienststelle das Einvernehmen im Sinn des § 9 Abs. 2 lit. b PVG herzustellen? Bejahendenfalls: Welche Rechtsfolgen hat die Unterlassung der Herstellung des nach § 9 Abs. 2 lit. b PVG gebotenen Einvernehmens für den dennoch mit Wirkung vom 1. Juni 1991 mit Weisung erlassenen neuen Dienstplan und die darauf aufbauenden individuellen Diensteinteilungen des Beschwerdeführers? (siehe dazu unter 3.)

b) War die Einführung des neuen Diensplanes nach § 48 BDG 1979 (insbesondere dessen Abs. 2, 4 und 5) zulässig? (siehe dazu unter 4.)

3.1. Was die Rüge betrifft, der neue Dienstplan sei unter Verstoß gegen Bestimmungen des PVG am 1. Juni 1991 in Kraft gesetzt worden, tritt der Beschwerdeführer der Auffassung der belangten Behörde entgegen, ein solcher Verstoß liege schon wegen dessen Übereinstimmung mit den RL/DÜ, denen der zuständige ZA durch Stillschweigen zugestimmt habe, nicht vor, mit dem Argument entgegen, die RL/DÜ selbst enthielten einen Hinweis auf § 9 Abs. 2 lit. b PVG. Da auch dieser Hinweis zur Kenntnis des ZA gekommen sei, könne man schon deshalb nicht von dem von der belangten Behörde angenommenen Inhalt einer Zustimmung des ZA ausgehen, die vorweg auch den Fall der Ablehnung (eines Dienstplanes) durch einen DA (gemeint ist offenbar im Verfahren nach § 10 PVG) umfasse.

Davon abgesehen umfasse § 10 PVG ein ganz detailliert geregeltes Verfahren für den Fall von Meinungsverschiedenheiten zwischen der Dienstgeberseite (Dienststellenleiter) und der Personalvertretung, wobei dieses Verfahren auf unterster Ebene (DA) beginne. Es sei daher von vornherein völlig undenkbar, dass im Widerspruch dazu auf der höchsten Ebene begonnen werde, ein Einverständnis herzustellen und jede Befassung der DA und FA unterlassen werde. Dadurch würde eine wesentliche entscheidende und unverzichtbare Wissensquelle verloren gehen, was - bezogen auf das behördliche Verfahren - mit dem Ausschalten von zwei (gesetzlich vorgesehen) Unterinstanzen vergleichbar wäre.

Es sei daher zweifelsfrei davon auszugehen, dass für den strittigen neuen Dienstplan das nach § 9 Abs. 2 lit. b PVG erforderliche Einvernehmen für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht vorgelegen sei (und im Übrigen auch weiterhin nicht vorliege).

Es könne keinem Zweifel unterliegen, dass das "Einvernehmen" (im Sinne des§ 9 Abs. 2 PVG) ein höheres Maß der Teilnahme an einer Maßnahme aufweisen müsse als die bloße "Mitwirkung" (im Sinne des § 9 Abs. 1 leg. cit.). Wenn der Gesetzgeber die Wirksamkeit einer Maßnahme durch entsprechende Erklärung der Personalvertretung nach § 10 Abs. 5 letzter Satz PVG schon dann hinausschiebe, wenn es sich um eine Maßnahme handle, bei der bloß ein Mitwirkungserfordernis der Personalvertretung (nach § 9 Abs. 1 PVG) vorgesehen sei, müsse dies umso eher im Falle des Einvernehmens gelten, die das stärkste Mittel der Mitbestimmung sei. Dies ergebe sich auch aus der zwingenden Anordnung, in den Fällen des § 9 Abs. 2 PVG das "Einvernehmen" herzustellen. Das Hinwegsetzen darüber bedeute daher eine eindeutige Rechtswidrigkeit. Es habe daher für den Fall einer Meinungsverschiedenheit in einer "Einvernehmens"angelegenheit keiner ausdrücklichen Regelung, wie sie im letzten Satz des § 10 Abs. 5 PVG für die bloßen Mitwirkungsfälle (nach § 9 Abs. 1 leg. cit.) vorgesehen sei, bedurft, weil es Mitwirkungsrechte weder begrifflich noch ihrer Natur nach verböten, dass der primär Handlungsberechtigte (Dienstgeber vertreten durch den Dienststellenleiter) letztlich seine Vorstellungen auch dann umsetze, wenn der Mitwirkungsberechtigte einen abweichenden Standpunkt vertrete.

Der behördliche Standpunkt laufe daher darauf hinaus, dass eine vom Gesetz eindeutig und zweifelfrei als unzulässig eingestufte Vorgangsweise, dennoch volle Rechtsgültigkeit habe. Die unmittelbare Wirksamkeit der Maßnahme sei allerdings tatsächlich gegeben. Das folge aus dem Weisungsrecht des Dienstgebers in Verbindung mit der Verpflichtung des Beamten, auch rechtswidrige Weisungen zu befolgen. Darum gehe es bei dieser Beschwerde aber nicht, sondern vielmehr darum, dass trotz der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme auch der Entlohnungsanspruch (um)gestaltet werde (so das Vorbringen in der Beschwerde zum erstangefochtenen Bescheid) bzw. nachträglich die Zulässigkeit der Weisung in Ansehung subjektiver Rechte des Weisungsempfängers festgestellt werde (so das Vorbringen in der Beschwerde zum zweitangefochtenen Bescheid).

Die Behörde könne sich auch nicht auf§ 10 Abs. 9 PVG berufen. Auch diese Bestimmung betreffe nur das Mitwirkungsrecht nach Abs. 1; allein daraus erkläre sich der besondere Regelungsbedarf, Entlassungen und Kündigungen, die ohne Beachtung des Mitwirkungsrechtes verfügt worden seien, für rechtsunwirksam zu erklären.

Aus den obangeführten Gründen sei der neue Dienstplan gesetzwidrig, weil er ohne Herstellung des Einvernehmens mit der Personalvertretung angewandt und dieses Einvernehmen auch nicht nach Durchführung eines entsprechenden Verfahrens durch den Zentralstellenleiter ersetzt worden sei. Der Dienstplan könne daher bei Ermittlung seiner besoldungsrechtlichen Ansprüche nach §§ 16 und 17 GG nicht "als rechtsgültig" vorausgesetzt werden, sondern sei im Rahmen der Vorfragebeurteilung (im erstangefochtenen Bescheid) bei Abspruch über besoldungsrechtliche Ansprüche als gesetzwidrig einzustufen und daher außer Betracht zu lassen. Die belangte Behörde hätte daher bei der Abgeltung von Überstunden von der Maßgeblichkeit des früheren Dienstplanes auszugehen gehabt (so das Vorbringen im erstangefochtenen Bescheid) bzw. festzustellen gehabt, dass die Befolgung der inkriminierten Weisung nicht zu den Dienstpflichten des Beschwerdeführers zähle (so das Vorbringen im zweitangefochtenen Bescheid).

3.2. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

3.2.1. Unbestritten ist, dass die mit 1. Juni 1991 stattgefundene grundsätzliche Änderung des Dienstplanes für die Zollbeamten des Zollamtes Flughafen X., die in einer Neuverteilung des Plandienstes in Form eines kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstplanes (also unter Einbeziehung der Sonn- und gesetzlichen Feiertage statt der bisher auf 6 Wochentage erfolgten Aufteilung) bestand, an sich eine Angelegenheit betrifft, in der nach § 9 Abs. 2 lit. b PVG das Einvernehmen mit dem zuständigen Personalvertretungs-Organ herzustellen ist (vgl. zum Begriff "Dienstplan" im Sinne dieser Bestimmung die EB zur RV zu §§ 9 und 10 PVG, 203 Blg. Sten. Prot. NR 11. GP, Seite 17, linke Spalte sowie das hg. Erkenntnis vom 27. November 1996, 95/12/0090). Diese Auffassung teilt auch der Verwaltungsgerichtshof, zumal es sich dabei um eine grundlegende zeitlich nicht begrenzte Änderung handelte, von der mehrere Bedienstete (nämlich alle Zollbeamten dieser Dienststelle) betroffen waren.

3.2.2. Unter Einvernehmen versteht man in der österreichischen Rechtssprache nach herrschender Auffassung und Judikatur "Zustimmung" (vgl. dazu auch z.B. den Bescheid der PVAK vom 23. April 1974, A 6/74 = Köckeis - Panni, Bundes-Personalvertretungsgesetz, Nr. 47). In diesem Sinn wird dieser Begriff auch vom Gesetzgeber in § 9 Abs. 2 PVG verwendet, wie sich aus § 10 Abs. 2 2. Satz leg. cit. unmissverständlich ergibt. Die mangelnde Zustimmung des zuständigen Personalvertretungs-Organes kann - soweit nicht das Einvernehmen auf der Ebene der höheren Dienststelle hergestellt werden kann, die auf Grund eines Vorlageverlangens befasst wurde - letztlich nur durch die Entscheidung des Leiters der Zentralstelle ersetzt werden (§ 10 Abs. 7 PVG).

3.2.3. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass sich der DA in seinem Schreiben vom 24. Mai 1991 mit konkreten Einwendungen gegen die beabsichtigte Einführung eines kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstplanes für die Zollbeamten des Flughafens ausgesprochen und die Aufnahme von Beratungen nach § 10 Abs. 4 PVG verlangt hat. Ein Einvernehmen im Sinne des § 10 Abs. 2 PVG ist jedenfalls schon deshalb nicht zustande gekommen.

3.2.4. Soweit die belangte Behörde im Wesentlichen aus dem Umstand, dass § 10 Abs. 5 letzter Satz PVG nur in bestimmten Angelegenheiten, die unter § 9 Abs. 1 PVG fallen, dem Vorlageverlangen des Personalvertretungs-Organes an die höhere Dienststelle eine vorübergehende aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Einführung der strittigen Maßnahme (sogenanntes aufschiebendes Vetorecht) einräumt, den Umkehrschluss zieht, diese Wirkung komme bei Maßnahmen nach § 9 Abs. 2 PVG nicht in Betracht, teilt der Verwaltungsgerichtshof diese Auffassung nicht:

Zutreffend hat der Beschwerdeführer darauf verwiesen, dass sich diese Rechtsfolge bereits aus dem Inhalt des Mitwirkungsrechtes "Einvernehmen" ergibt, weil die im § 9 Abs. 2 PVG genannten Maßnahmen ohne Zustandekommen des Einvernehmens mit dem zuständigen Organ der Personalvertretung bis zur Entscheidung des unter Einhaltung der Bestimmungen des § 10 Abs. 5 ff PVG angerufenen Leiters der Zentralstelle nicht gesetzt werden dürfen (so bereits zutreffend die ständige Entscheidungspraxis der PVAK;

siehe z.B. deren Bescheide vom 23. April 1974,

A 6/74 = Köckeis - Panni, aaO, Nr. 47, sowie vom 9. Februar 1977,

A 30/76 = Köckeis - Panni, aaO, Nr. 92, sowie vom 27. Mai 1994,

A 4/94 u.a.; in diesem Sinne auch Schragel, Handkommentar zum

Bundes-Personalvertretungsgesetz, Rz 4 zu § 9 sowie Rz 16 und 36 zu

§ 10). Einer ausdrücklichen Anordnung dieser Rechtsfolge in den

Angelegenheiten nach § 9 Abs. 2 PVG bedurfte es daher nicht.

3.2.5. Die belangte Behörde geht im angefochtenen Bescheid ferner von der Auffassung aus, der DA des Zollamtes Flughafens X. sei gar nicht zuständig gewesen, die Mitwirkungsbefugnis nach § 9 Abs. 2 lit. b PVG bei der Einführung des neuen Dienstplanes ab Juni 1991 in Anspruch zu nehmen, weil dieser Dienstplan den von der belangten Behörde erlassenen RL/DÜ entspreche, die im Übrigen vom zuständigen ZA genehmigt bzw. nicht beeinsprucht worden seien. Unbeschadet ob letzteres zutreffe oder nicht, sei daher die Zuständigkeit des ZA gegeben, weshalb den Einwendungen des DA keine suspensive Wirkung zukomme.

Auch dieser Auffassung vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu folgen. Die von der belangten Behörde erlassenen und mehrfach abgeänderten RL/DÜ, die zweifellos nach dem PVG die Befassung des zuständigen ZA (und nicht des DA einer nachgeordneten Dienststelle) erfordern, wiederholen und präzisieren teilweise für den Ressortbereich die vom Gesetzgeber im Wesentlichen in den §§ 48 und 49 BDG 1979 getroffenen Regeln für die Erstellung von Dienstplänen und die Anordnung von Überstunden. Eine Anordnung, welcher Typus von Dienstplan mit oder ohne Einbeziehung der Sonn- und gesetzlichen Feiertage in den verschiedenen Dienststellen des Ressorts jeweils gilt, enthalten diese Richtlinien nicht. Die Pflicht zur Entscheidung für ein bestimmtes Modell eines Dienstplanes und seine konkrete Umsetzung in einer bestimmten Dienststelle des Ressorts in Bezug auf die dort tätigen Mitarbeiter trifft den Dienststellenleiter (vgl. § 45 Abs. 1 und 2 BDG 1979, aber auch Punkt 1. Allgemeines der RL/DÜ). Im Beschwerdefall ist nun gerade strittig, ob die Einführung des kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstplanes für die Zollbeamten des Zollamtes Flughafen X. an Stelle des bisherigen Sechstagedienstplanes nach den generell-abstrakten gesetzlichen Vorgaben des BDG 1979 für diesen Typus von Dienstplan, die in diesem Punkt von den RL/DÜ nicht über das Gesetz hinausgehend präzisiert werden, zulässig ist oder nicht, was von den konkreten Verhältnissen der betreffenden Dienststelle abhängig ist. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass jedenfalls in diesem Fall bei diesen bloß allgemeinen Vorgaben der für die Änderung des Dienstplanes und seine konkrete Umsetzung formell zuständige Dienststellenleiter auch im Fall einer Anweisung durch einen vorgesetzten Organwalter das Einvernehmen mit dem zuständigen DA nach § 9 Abs. 2 lit. b PVG herzustellen hat, selbst wenn er bzw. seine Dienstvorgesetzten der Auffassung sind, dass nur die Einführung dieses neuen Dienstplanes den generell-abstrakten Vorgaben des Gesetzes bzw. den RL/DÜ entspricht. In diesem Sinn ist offenkundig auch der Hinweis in den RL/DÜ auf § 9 Abs. 2 lit. b PVG zu verstehen.

3.2.6. Aus diesen Gründen war daher nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes im konkreten Fall vom Dienststellenleiter mit dem DA das Einvernehmen bezüglich der Einführung des kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstplanes nach § 9 Abs. 2 lit. b PVG herzustellen, was offenkundig auf Grund der nicht zutreffenden Auffassung der belangten Behörde zum PVG nicht erfolgt ist.

3.2.7. Von der Frage, ob im Beschwerdefall der Dienststellenleiter bei der unbestritten in Form einer Weisung erfolgten Einführung des kontinuierlichen Schicht- und Wechseldienstplanes dem PVG entsprechend vorgegangen ist oder nicht, was im Beschwerdefall zu verneinen ist, ist die Frage zu unterscheiden, ob sich der Beamte in einem dienstbehördlichen Verfahren gegenüber seinem Dienstgeber auf eine solche Rechtswidrigkeit berufen kann, dh mit anderen Worten, ob ihm das PVG ein subjektives Recht einräumt, dessen Verletzung er gegenüber seinem Dienstgeber im dienstbehördlichen Verfahren geltend machen kann.

Darauf kommt es nämlich in dem vom Beschwerdeführer beantragten mit dem zweitangefochtenen Bescheid abgeschlossenen Verfahren, in dem er im Ergebnis die Absprache darüber begehrte, ob die Befolgung der Weisung (Einführung des neuen Dienstplanes ab 1. Juni 1991) zu seinen Dienstpflichten zählte, an. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes -von der abzugehen kein Anlass besteht - besteht ein Recht auf bescheidmäßige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen (Weisungen) bloß dann, wenn durch diesen Dienstauftrag die aus dem Dienstrecht entspringenden Rechte und Pflichten des Beamten berührt werden (so die Formulierung im hg. Erkenntnis vom 25. Mai 1987, 86/12/0097). Zweck des Feststellungsverfahrens über die Rechtmäßigkeit eines Dienstauftrages kann es daher nur sein, bei der Auferlegung von Pflichten, die nicht durch

Bescheid vorzunehmen ist, nachträglich rechtliche Klarheit zu schaffen, ob der Beamte durch die Erteilung der Weisung in einem subjektiven aus dem Dienstrecht sich ergebenden Recht verletzt wurde (vgl. z.B. die hg. Erkenntnisse vom 4. April 1974, 31/74 = Slg. N.F. Nr. 8591/A - nur Leitsatz, sowie vom 29. Juli 1992,

91/12/0064 = Slg. N.F. Nr. 13689/A). Ein subjektives Recht des Einzelnen, also auch des Beamten, auf Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann aus Art. 18 Abs. 1 B-VG nicht abgeleitet werden. Im dienstrechtlichen Feststellungsverfahren geht es daher lediglich darum, ob das von der Weisung erfasste Verhalten zum Pflichtenkreis des Angewiesenen gehört, nicht aber, ob die Weisung im Übrigen rechtmäßig ist (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 1976, 2339/75 = Slg. N.F. Nr. 9195/A); dieser Verletzung ist die durch dienstrechtliche Vorschriften nicht gedeckte Annahme einer Verpflichtung des Beamten durch die Behörde gleichzuhalten (vgl. dazu zuletzt das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 1998, 95/12/0063).

Die belangte Behörde vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, aus § 10 Abs. 9 iVm § 9 Abs. 1 lit. i PVG sei zu schließen, dass in allen übrigen Fällen eine allfällige Verletzung der Bestimmungen des PVG nicht zur Rechtsunwirksamkeit führe.

Diese Auffassung trifft jedenfalls auf § 9 Abs. 2 lit. b PVG - nur dieser Fall ist hier zu beurteilen - zu.

Durch die Verpflichtung des Dienststellenleiters einer nachgeordneten Dienststelle (einer Dienstbehörde), in den in§ 9 Abs. 2 PVG genannten Angelegenheiten das Einvernehmen mit dem zuständigen Personalvertretungs-Organ herzustellen, wird im Außenverhältnis - dh gegenüber dem Beamten - kein "neues" (dienstbehördliches) Kollegialorgan geschaffen: Entscheidungsträger einer derartigen dienstrechtlichen Maßnahme bleibt vielmehr gegenüber dem Beamten der Dienststellenleiter (die Dienstbehörde). Die Herstellung des Einvernehmens betrifft daher nur das Innenverhältnis zwischen Dienstgeber und Personalvertretung (so Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 305, und ihnen unter Zitierung der Vorauflage folgend die Entscheidung des OGH vom 12. Dezember 1984, 1 Ob

35/84 = EvBl 1985/87 = Köckeis - Panni, aaO, Nr. 340). Dies bedeutet, dass eine - wie im Beschwerdefall - in Weisungsform vom Dienststellenleiter einer nachgeordneten Dienststelle zu treffende und auch getroffene Maßnahme nicht schon deshalb unverbindlich (rechtsunwirksam) ist, weil sie mangels Herstellung des nach § 9 Abs. 2 lit. b PVG gebotenen Einvernehmens mit der Personalvertretung von einem unzuständigen Organ (iS des Art. 20 Abs. 1 B-VG) erteilt wurde (in diesem Sinn auch Rebhahn, Zu Befugnissen und Rechtsstellung der Personalvertretung der Bundesbediensteten, in FS für Schwarz, 1991, 619 ff, hier 641, insbesondere Fußnote 61, der dies aus der allenfalls möglichen Einordnung einer Verletzung der §§ 9f PVG als Verletzung von Verfahrensvorschriften ableitet).

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes begründet§ 9 Abs. 2 PVG aber auch kein subjektives Recht des Beamten gegenüber seinem Dienstgeber, dass dieser eine unter diese Bestimmung fallende Maßnahme solange unterlässt, bis entweder das Einvernehmen im Sinne des § 10 Abs. 2 PVG hergestellt wird oder die Entscheidung des unter Einhaltung der Bestimmungen des § 10 Abs. 5 ff PVG angerufenen Leiters der Zentralstelle getroffen wird.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das PVG zwar abgestufte Mitwirkungsmöglichkeiten der Personalvertretung bei bestimmten Maßnahmen des Dienstgebers vorsieht, diesem jedoch nicht die "souveräne Entscheidungsbefugnis" genommen wird. Selbst im Falle der Herstellung des Einvernehmens in Angelegenheiten nach § 9 Abs. 2 PVG hat letztlich im Konfliktfall der Leiter der Zentralstelle allein und ohne Bindung an einen Vorschlag bzw. ohne Verpflichtung zur Berücksichtigung von Vorschlägen der Personalvertretung zu entscheiden, sodass im öffentlichen Dienst keine Mitbestimmung nach dem Muster der Arbeitsverfassung vorliegt (so schon Schragel, aaO, Rz 2 zu § 9), was sich aus verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. insbesondere Art. 19 und Art. 20 Abs. 1 B-VG) erklärt.

Dazu kommt, dass das PVG im Allgemeinen das Verhältnis zwischen Dienstgeber und Personalvertretung bzw. Bediensteten und Personalvertretungs-Organ (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Rolle der PVAK nach § 41 Abs. 1, 2 und 5 PVG) regelt und selbst grundsätzlich dem Beamten keine subjektiven Rechte einräumt, die dieser im Verhältnis zu seinem Dienstgeber geltend machen könnte. Der Gesetzgeber sieht nämlich in der Regel keine Verklammerung der Bestimmungen des PVG mit dem Dienstrecht vor (siehe dazu das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 1995, 91/12/0198).

Eine Ausnahme bildet lediglich die durch die NovelleBGBl. Nr. 138/1983 geschaffene Bestimmung des§ 10 Abs. 9 PVG (Recht des von einer Personalmaßnahme nach § 9 Abs. 1 lit. i betroffenen Bediensteten, eine derartige Maßnahme, die unter Verletzung der Bestimmungen des PVG getroffen wurde, auf seinen innerhalb einer bestimmten Frist zu

stellenden Antrag für rechtsunwirksam zu erklären; vgl. dazu auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. März 1986, Zl. 85/12/0115). Die EB zur RV zur PVG-Nov, BGBl. Nr. 138/1983, mit der der § 10 der Abs. 9 eingefügt wurde (eine weitere Novellierung erfolgte durch BGBl. Nr. 310/1987), begründen dies damit, dass diese Maßnahmen (Kündigung, Entlassung), die schwere Auswirkungen auf die wirtschaftliche Existenz eines Bediensteten haben könnten, dann, wenn eine dieser Maßnahmen unter Verletzung der Bestimmungen des PVG getroffen wurde, rechtsunwirksam sein sollen, wenn der Bedienstete diese Maßnahme anficht. Diese Erläuterungen machen deutlich, dass der Gesetzgeber dem Beamten ausnahmsweise ein subjektives Recht wegen Verletzung des PVG gegenüber dem Dienstgeber in einer Angelegenheit des Dienstrechtes im Hinblick auf die Eingriffsintensität dieser Personalmaßnahmen einräumen wollte, die Art der Mitwirkungsbefugnis der Personalvertretung aber dafür keine Rolle gespielt hat.

Dies wird auch durch folgende Überlegung deutlich:

Die unterschiedlichen Mitwirkungsbefugnisse nach § 9 Abs. 1 und 2 PVG werden vom Gesetzgeber in verfahrensrechtlicher Hinsicht weitgehend gleichbehandelt. Dies betrifft zunächst die Pflicht des Dienststellenleiters, beabsichtigte Maßnahmen im Vorhinein dem zuständigen Personalvertretungs-Organ zur Kenntnis zu bringen (vgl. § 10 Abs. 1 PVG für Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 leg. cit. einerseits und § 10 Abs. 2 Satz 1 PVG für Maßnahmen nach § 9 Abs. 2 leg. cit. andererseits) und den Entfall dieser Verpflichtung und ihres Ersatzes durch eine bloß nachträgliche Verständigungspflicht bei Maßnahm

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at