

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/6/29 93/12/0312

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.06.1994

## Index

L24003 Gemeindebedienstete Niederösterreich;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

## Norm

AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
AVG §58 Abs2;  
AVG §60;  
BDG 1979 §1 Abs1;  
BDG 1979 §43 Abs1;  
BDG 1979 §49 Abs1;  
BDG 1979 §6 Abs1;  
BDG 1979 §62;  
GdBDO NÖ 1976 §46 Abs1 litb;  
GdBDO NÖ 1976 §46 Abs1;  
GdBDO NÖ 1976 §46 Abs6;  
GdBDO NÖ 1976 §46;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß, Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein der Schriftführerin Kommissarin Mag. Unterer, über die Beschwerde des Prim. Dr. E in K, vertreten durch Dr. A, Rechtsanwalt in L, gegen den Bescheid des Stadtsenates der Stadt Krems vom 7. Juli 1993, Zl. MD-D 10/93/1005-Be, betreffend Entschädigung für Nachtdienste, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes insoweit aufgehoben, als nach Erlassung der schriftlichen Anordnung der Anspruch des Beschwerdeführers für die Zeit ab 1. Jänner 1990 abgewiesen wurde.

Im übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Die Statutarstadt Krems an der Donau hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 13.110,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Primararzt am Aö. Krankenhaus Krems in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Krems an der Donau.

Mit Schreiben vom 5. August 1991 beantragte der Beschwerdeführer, bescheidmäßig darüber abzusprechen, ob er für geleistete Nachtdienste nach der für ihn geltenden

NÖ Gemeindebeamtendienstordnung (GBDO) Anspruch auf eine Abgeltung habe.

Von der Magistratsdirektion der Stadt Krems erging daraufhin mit Datum vom 30. September 1991 folgende, nicht als Bescheid bezeichnete Erledigung:

"Ihr Antrag vom 5.8.1991, in dem Sie im Sinne der einschlägigen Bestimmungen der Gemeindebeamtendienstordnung beantragen, über Ihren Anspruch auf volle Abgeltung der von Ihnen geleisteten Dienste bescheidmäßig abzusprechen, so wie die Gesetzgebung es vorsieht, wobei sich diese insbesondere auch auf jene von Ihnen geleisteten Dienste, die bisher als mit 'storno' apostrophiert wurden, wird nach Prüfung der Sach- und Rechtslage ZURÜCKGEWIESEN."

Zur Begründung wurde ausgeführt, es sei zwar unbestritten, daß auf den Beschwerdeführer als Gemeindebeamter in dienstrechtlicher Hinsicht die Bestimmungen der NÖ GBDO Anwendung fänden. Bei der Beurteilung der Entlohnung für geleistete Nachtdienste gelte aber sinngemäß als *lex specialis* auch für den Beschwerdeführer als ärztlichen Leiter das NÖ Spitalsärztegesetz, LGBl. 9410-0, woran auch der Status des Beschwerdeführers als Beamter nichts ändern könne. In diesem Zusammenhang werde auch darauf hingewiesen, daß es zu den Aufgaben eines Abteilungsleiters gehöre, auch ohne besondere Nachtdienstleistung für medizinische Dispositionen zur Verfügung zu stehen, wenn diese von den diensttuenden Ärzten nicht ausreichend wahrgenommen werden könnten, ohne daß daraus Anspruch auf finanzielle Abgeltung allfälliger Mehrdienstleistungen folge. Es ergebe sich somit in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des Amtes der NÖ Landesregierung entgegen dem Standpunkt des Beschwerdeführers, daß die Ableistung dieser Mehrdienstleistungen aus dem Titel "Nachtdienste" nach den Bestimmungen des NÖ Spitalsärztegesetzes folge.

Gegen diese als Bescheid gewertete Erledigung erhob der Beschwerdeführer Berufung, in der er darlegte, daß auf ihn nicht das NÖ Spitalsärztegesetz, sondern - auch auf die Frage der Abgeltung allfälliger Mehrdienstleistungen - die NÖ GBDO Anwendung zu finden habe, nach deren Regelungen (§§ 32 und 46) er Anspruch auf Abgeltung von Mehrdienstleistungen für erbrachte Nachtdienste habe. Im übrigen bemängelte der Beschwerdeführer verschiedene Verfahrensmängel der erstinstanzlichen Erledigung und die unrichtige Verwendung des Begriffes "Zurückweisung".

Nach Aufforderung der belangten Behörde vom 21. April 1992 brachte der Beschwerdeführer im wesentlichen vor, er habe ab 1. Jänner 1988 bis einschließlich 20. Mai 1992 insgesamt 314 Nachtdienste im Krankenhaus Krems geleistet, wobei er diese Dienste zur Gänze während der Dienstzeit im Spital erbracht habe. Die in Entsprechung dieser Mehrdienstleistungen gemäß § 46 GBDO gebührende Abgeltung werde unter Berücksichtigung der diesbezüglich bereits erhaltenen Auszahlungen gefordert. Zur Erleichterung werde eine Aufstellung aller in den Jahren 1988 bis 1991 geleisteten Nachtdienste sowie der hierfür erhaltenen Auszahlungen beigelegt. Die schriftliche Anordnung der Verpflichtung zu den genannten Mehrdienstleistungen sei mit Weisung des Bürgermeisters vom 26. Jänner 1990 erteilt worden. Gemäß dieser schriftlichen Weisung seien in der Folge die Nachtdienste entsprechend den §§ 17 und 19 des NÖ Krankenanstaltengesetzes (KAG) geleistet worden. Am Ende jedes Monats sei die Anzahl der geleisteten Dienste an den Rechtsträger schriftlich gemeldet und diese Meldung vom Abteilungsleiter, dem Krankenhausdirektor und dem Verwaltungsleiter unterschrieben worden. Den Verantwortlichen sei somit sowohl die Tatsache der Leistung dieser Dienste als auch deren Notwendigkeit dadurch nachweislich bekannt.

Nach ergänzenden Erhebungen der belangten Behörde über die dem Beschwerdeführer bezahlten Zulagen brachte der Beschwerdeführer im Parteiengehör mit Schreiben vom 3. November 1992 im wesentlichen weiters vor, es sei richtig, daß er die im Schreiben der belangten Behörde vom 10. September 1992 genannte 20 %-ige Personalzulage sowie eine monatliche Mehrdienstleistungszulage von derzeit S 4.013,-- brutto erhalte. Damit sei jedoch eine Abgeltung in dem von ihm beantragten Umfang für die zusätzlich, über das normale Maß hinausgehende Leistung von Nachtdiensten nicht erfolgt. Die Personalzulage gebühre gemäß den Bestimmungen der NÖ GBDO für die erhöhte Verantwortlichkeit als Verwaltungsleiter. Mehrdienstleistungen, die über das normale, gesetzesmäßige Ausmaß hinausgingen, seien jedoch hiedurch nicht abgegolten. Die vom Beschwerdeführer begehrte Mehrdienstentschädigung betreffe somit nicht typischerweise mit der Primararztfunktion zusammenhängende Mehrdienstleistungen, sondern weit darüber hinausgehende Überstundenleistungen in Form der Ableistung von Nacht- und Bereitschaftsdiensten.

Diese Überstundenleistungen resultierten jedoch nicht aus der typischen Funktionserfüllung, sondern aus einer gesetzwidrigen personellen Unterbesetzung, weil die laut Dienstpostenplan und NÖ KAG notwendige Anzahl von Oberärzten zur ausreichenden Betreuung und Abwicklung aller vorgeschriebenen Dienste tatsächlich nicht vorhanden sei. Da dem Gesetzesauftrag des NÖ KAG nur entsprochen werden könne, wenn auch während der Nacht ein entsprechender ärztlicher Dienst innerhalb des Krankenhaus vorhanden sei, sei der Beschwerdeführer auch als Primararzt gezwungen gewesen, zur Aufrechterhaltung eines gesetzeskonformen Krankenhausbetriebes derartige Nachtdienste anstelle der nicht in ausreichender Zahl vorhandenen Oberärzte zu leisten. Diese Mehrdienstleistungen seien somit auf einen dienstgeberseitig zu vertretenden Personalmangel und nicht auf die Leitungsfunktion als Primararzt zurückzuführen. In diesem Zusammenhang sei auch seitens des Amtes der NÖ Landesregierung mit Schreiben vom 12. September 1979 anerkannt worden, daß in diesem Fall auch den Primärärzten eine entsprechende zusätzliche Abgeltung zu gewähren sei. Mit Schreiben des Amtes der NÖ Landesregierung vom 26. April 1988 an den Verband der ärztlichen Direktoren der Primärärzte Österreichs sei ein Betrag von S 1.205,-- pro Nachtdienst bzw. Sonn- und Feiertagsdienst als angemessen erachtet worden. Ungeachtet des zwischenzeitlich eingetretenen Geldwertverlustes stelle daher die derzeit an den Beschwerdeführer zur Auszahlung gelangende Mehrdienstleistungszulage von monatlich S 4.013,-- brutto keinesfalls eine ausreichende Abgeltung für die zusätzlichen Überstundenleistungen dar. Hiezu komme, daß diese Mehrdienstleistungszulage zur Abgeltung der sonstigen mit der Primararztfunktion verbundenen Aufwendungen zuerkannt worden sei, nicht jedoch den Zweck gehabt hätte, diese Nacht- und Bereitschaftsdienste abzugelten. Eine derartige "Umwidmung" sei daher unzulässig, sodaß die Abgeltung der vom Beschwerdeführer beantragten Überstundenleistungen gesondert über die derzeit zur Auszahlung gelangende Mehrdienstleistungszulage hinaus zu erfolgen habe.

Daraufhin erging der angefochtene Bescheid mit folgendem Spruch:

"Der Stadtssenat der Stadt Krems an der Donau als gemäß § 38 (3) Ziff. 7 Kremser Stadtrecht zur Entscheidung über Berufungen gegen Bescheide des Magistrates der Stadt Krems an der Donau, welche im eigenen Wirkungsbereich ergangen sind, zuständige Organ, hat in seiner Sitzung vom 23.06.1993 beschlossen, der Berufung des Herrn Prim. Dr. E, vertreten durch RA Dr. B, gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Krems vom 30.09.1991, Zl.: MD-D-18/91, worin sein Antrag vom 05.08.1991, in dem er im Sinne der einschlägigen Bestimmungen der Gemeindebeamtendienstordnung eine volle Abgeltung seiner von ihm erbrachten Mehrdienstleistungen verlangte, nach Prüfung der Sach- und Rechtslage zurückgewiesen wurde, gemäß § 66 Abs. 4 AVG in der derzeit geltenden Fassung KEINE FOLGE zu geben. Der Spruch des Bescheides wird jedoch dahingehend abgeändert, daß er nachstehend zu lauten hat:

'Der Magistrat der Stadt Krems an der Donau weist Ihren Antrag vom 05.08.1993 (richtig: 1991) in dem Sie im Sinne der einschlägigen Bestimmungen der Gemeindebeamtendienstordnung in einem bescheidmäßigen Abspruch die volle Abgeltung Ihrer geleisteten, bisher als mit 'Storno' vom Dienstgeber aus apostrophierten Nachtdienste in der Urologischen Abgeltung, verlangten gemäß § 46 Abs. 1 der NÖ. Gemeindebeamtendienstordnung als unbegründet ab."

Zur Begründung führt die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensablaufes im wesentlichen weiter aus, es stehe außer Streit, daß der Beschwerdeführer in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Krems stehe, woraus folge, daß für ihn in dienstrechtlicher Hinsicht primär die Bestimmungen der NÖ GBDO und in besoldungsrechtlicher Hinsicht die Bestimmungen der Gemeindebeamtengehaltsordnung Anwendung fänden. An dieser grundsätzlichen Feststellung könne auch die Dienstleistung des Beschwerdeführers anstelle eines Arztes, der bei Ausübung seines Dienstes u.a. dem NÖ Spitalsärztegesetz unterliege, nichts ändern. Die Durchführung einer Dienstleistung für einen anderen Kollegen ändere nichts an der dienstrechtlichen Stellung des Bediensteten in bezug auf seinen Dienstgeber. Es seien daher die dienstrechtlichen Probleme im Beschwerdefall anhand der Bestimmungen der NÖ GBDO zu lösen.

Nach Wiedergabe der Rechtslage führt die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides weiter aus, Grundvoraussetzung für die finanzielle Abgeltung der vom Gemeindebeamten über die Normalleistung hinaus erbrachten Dienstleistungen sei eine schriftliche Anordnung zur Leistung dieser Überstunden. Diese Anordnung müsse in der Stadt Krems vom Stadtssenat, vom Bürgermeister oder von einem vom Bürgermeister hiezu ermächtigten Mitglied des Stadtssenes oder von einem vom Bürgermeister hiezu ermächtigten leitenden Gemeindebeamten schriftlich erfolgt sein. Von der belangten Behörde sei der Beschwerdeführer zur Vorlage einer, den obigen Bestimmungen entsprechenden schriftlichen Anordnung eingeladen worden. Er habe mit Schriftsatz vom 2. Juni 1992

eine Kopie einer "Weisung" vom 26. Jänner 1990 vorgelegt, welche seiner Meinung nach den Erfordernissen des § 46 Abs. 1 GBDO entspreche. Bei der vom Beschwerdeführer vorgelegten Ablichtung handle es sich aber um ein vom Verwaltungsdirektor und vom Magistratsdirektor unterfertigtes Resümeeprotokoll über eine am 16. Februar 1990 (richtig wohl: 16. Jänner 1990) abgehaltene Besprechung, an der der damalige Bürgermeister, der Magistratsdirektor, der damalige ärztliche Leiter des Krankenhauses, der Beschwerdeführer und der Verwaltungsdirektor teilgenommen hätten. Zweck der Besprechung sei die endgültige Festlegung der Vorgangsweise bei der Durchführung des Nachtdienstes an der Urologischen Abteilung des Krankenhauses Krems durch den Bürgermeister gewesen. Nach diesem Protokoll habe der Bürgermeister im Weisungsweg u.a. die für dieses Verfahren relevante Vorgangsweise bei der Abwicklung der Nachtdienste ab 1. Jänner 1993 (richtig wohl: 1. Jänner 1990) getroffen. Es sei der Vorstand der Urologischen Abteilung (der Beschwerdeführer) aufgefordert worden, auf eine "gleichmäßige Verteilung der Nachtdienste auf alle Fachärzte - seine Person eingeschlossen - zu achten". Weiters sei "der Vorstand dem Träger insbesondere auch für höchste Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der ärztlichen Verrichtungen seiner Abteilung verantwortlich".

Aus diesem Protokoll könne nach Auffassung der belangten Behörde abgeleitet werden, daß eine schriftliche Anordnung für die Leistung von Nachtdiensten vor dem 1. Jänner 1990 jedenfalls nicht vorliege und somit dem Begehren auf Zuerkennung einer Entschädigung im Sinne des § 46 GBDO diesbezüglich die wesentliche Voraussetzung fehle. Was den Zeitraum ab 1. Jänner 1990 betreffe, habe die belangte Behörde zu prüfen gehabt, ob das gegenständliche Resümeeprotokoll als eine schriftliche Anordnung im Sinne des § 46 GBDO gesehen werden könne. Laut Duden, 19. Aufl., S. 551 und 577, verstehe man unter dem Begriff "Protokoll" eine "förmliche Niederschrift, Tagungsbericht" und unter dem Begriff "Resümee" eine "Zusammenfassung". Bei diesem, auch dem Beschwerdeführer übermittelten Schreiben vom 26. Jänner 1990 handle es sich also um eine förmliche, zusammenfassende Niederschrift über eine am 16. Jänner 1990 im Rathaus Krems durchgeführte Besprechung über die endgültige Festlegung der örtlichen Nachtdienste an der Urologischen Abteilung im Kremser Krankenhaus, deren Übereinstimmung mit dem Besprochenen durch die Unterschrift des Verwaltungs- und des Magistratsdirektors beurkundet worden sei. Aus dem Protokoll sei wohl zu entnehmen, daß der Bürgermeister mündlich im Weisungswege die weitere Vorgangsweise über die Abwicklung der Nachtdienste ab 1. Jänner 1990 festgelegt habe; eine schriftliche, den Erfordernissen des § 46 Abs. 1 lit. a entsprechende Anordnung liege jedoch nicht vor. Darüber hinaus gehe auch das Berufungsvorbringen im Schreiben vom 2. Juni 1992 ins Leere, da diese Anordnung keinesfalls schriftlich erfolgt sei. Selbst wenn man davon ausgehe, daß das Protokoll durch die Unterschrift des Verwaltungsdirektors bzw. des Magistratsdirektors (also eines möglichen ermächtigten leitenden Gemeindebeamten) quasi eine schriftliche Weisung an den Beschwerdeführer darstelle, so sei dem entgegenzuhalten, daß diese mögliche Weisung nur unter Berufung auf eine spezielle Ermächtigung durch den Bürgermeister hätte erfolgen dürfen, was aber im gegenständlichen Fall auf Grund der Aktenlage nicht ersichtlich und auch vom Beschwerdeführer nicht behauptet worden sei. Daß das Fehlen einer speziellen schriftlichen Anordnung im Sinne des § 46 Abs. 1 lit. a GBDO bei einem Begehren auf finanzielle Abgeltung von Mehrdienstleistungen besondere Bedeutung habe, habe der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen, zuletzt mit Erkenntnis vom 21. Mai 1990, Zl. 89/12/0004, wiederholt zum Ausdruck gebracht. Auch wenn der Beschwerdeführer nach Leistung der Nachtdienste gemäß §§ 17 und 19 KAG am Ende jedes Monats die Anzahl der geleisteten Dienste an den Rechtsträger nach Unterfertigung durch den Abteilungsleiter, dem Krankenhausdirektor und dem Verwaltungsleiter schriftlich gemeldet habe und den Verantwortlichen somit die Tatsache der Leistung der Dienste nachweislich bekannt gewesen sei, ändere es nichts an der Notwendigkeit des Vorhandenseins einer schriftlichen Anordnung des Bürgermeisters. Bei einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis handle es sich nämlich nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Vertragspartnern; deshalb seien die aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis abgeleiteten Rechte und Pflichten weder vom Dienstgeber noch vom Dienstnehmer gestaltbar, sondern hätten sich nur aus dem Gesetz zu ergeben. Maßgebend für einen Anspruch sei, ob die im Gesetz enthaltenen Tatbestandserfordernisse erfüllt seien. Eine Tatbestandsvoraussetzung für eine Mehrdienstleistungsentschädigung nach § 46 GBDO sei eine schriftliche Anordnung, die aber nicht vorliege.

Die belangte Behörde sehe aber auch andere Gründe - so in der Begründung des angefochtenen Bescheides weiter - dafür, daß dem Begehren des Beschwerdeführers nicht nachgekommen werden könne.

Eine weitere Tatbestandsvoraussetzung für eine Mehrdienstleistungsentschädigung sei der Umstand, daß die

Mehrdienstleistungen durch eine Freizeitgewährung innerhalb von 30 Tagen nicht ausgeglichen werden könnten. Der Beschwerdeführer habe aber weder in seinem Antrag noch in seinem Berufungsvorbringen die Behauptung aufgestellt, daß ihm die Abgeltung im Wege der Freizeitgewährung unmöglich gewesen wäre. Dies habe deshalb besondere Bedeutung, weil der Beschwerdeführer völlige zeitliche Dispositionsfreiheit hinsichtlich seiner Dienstverrichtungen im Krankenhaus habe, was ihn ja auch dazu ermächtige, eine Privatordination mit geregelten Ordinationszeiten bzw. nach Voranmeldung zu einer für andere Mitarbeiter als Arbeitszeit geltenden Zeitraum zu führen. Die zeitliche Dispositionsfreiheit eines Primararztes führe aber auch dazu, daß, wenn auf Grund der konkreten dienstrechtlichen Stellung eines Beamten die Verpflichtung fehle, eine vorgeschriebene regelmäßige Dienstzeit einzuhalten, auf ihn auch § 46 leg. cit. keine Anwendung finden könne; in dieser Bestimmung würden ausdrücklich nur Dienstleistungen geregelt, die über jenes Ausmaß (auch zeitlich) an Dienstleistungen hinausgingen, die von Beamten innerhalb der Dienstzeiten gemäß § 32 GBDO normalerweise zu erbringen seien. Der Beschwerdeführer behaupte auch selbst nicht, daß für ihn eine regelmäßige Dienstzeit festgelegt worden sei. Es sei aber amtsbekannt, daß eine solche Festlegung der Dienstzeit bei Abteilungsleitern von Krankenanstalten in Niederösterreich und somit auch in Krems nicht üblich sei. Das Besondere der dienstrechtlichen Stellung des Leiters einer Krankenhausabteilung liege darin, daß er für den medizinischen Betrieb seiner Abteilung verantwortlich sei und daher im Bedarfsfall auch während der Nacht sowie an Sonn- und Feiertagen bei Fehlen eines entsprechenden Vertreters bereit zu sein und erforderlichenfalls selbst einzugreifen habe. Dafür stünde ihm aber neben verschiedenen Vergünstigungen auch das Recht zu, seine Anwesenheit im Krankenhaus nach den dienstlichen Erfordernissen eines ordnungsgemäßen Anstaltsbetriebes selbst einzurichten. Da somit für den Beschwerdeführer auf Grund seiner dienstlichen Stellung als Primararzt keine regelmäßige Dienstzeit gemäß § 32 GBDO bestanden habe, sei § 46 leg. cit. auf ihn nicht anwendbar. Diese Rechtsansicht, welche in einem Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (Erkenntnis vom 10. Mai 1982, Zl. 81/12/0161) von der belangten Behörde (NÖ Landesregierung) vertreten worden sei, sei vom Verwaltungsgerichtshof in dem genannten Erkenntnis nicht verworfen worden, sodaß die belangte Behörde von ihrer Richtigkeit ausgehe.

Der Beschwerdeführer beziehe - so die belangte Behörde weiter in der Begründung des angefochtenen Bescheides - auf Grund eines Beschlusses des Gemeinderates vom 14. Dezember 1983 eine Mehrdienstleistungszulage in "der monatlichen Höhe von S 3.000,--, welche sich in dem Ausmaß erhöht, als sich der Gehalt eines Gemeindebeamten der Dienstklasse V, Gehaltsstufe 2, gesetzlich ändert". Dieser Bezug stelle also eine pauschalisierte Mehrdienstleistungsentschädigung im Sinne des § 46 Abs. 6 GBDO dar. Diese Pauschalierung habe aber für den Bezieher einer Pauschale den Nachteil, daß er eine finanzielle Abgeltung von Überstunden über die Pauschale hinaus nicht begehren könne (siehe Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. April 1976, Slg. Nr. 9029/A). Falls es zu einer Erhöhung der Überstunden aus dienstlichen Gründen unter Berücksichtigung des § 46 Abs. 1 GBDO komme, würden diese Überstunden nur mit Hilfe eines Antrages auf Erhöhung der Pauschale bzw. der Streichung zu erledigen sein. Dem Beschwerdeführer fehle also auch hier die Rechtsgrundlage für seine gestellte Forderung.

Außerhalb des Verfahrens müsse aber noch darauf hingewiesen werden, daß der Beschwerdeführer für seine geleisteten Nachtdienste eine finanzielle Abgeltung bekomme. Die Höhe dieser Entschädigung resultiere aus einem Erlaß der NÖ Landesregierung vom 17. Dezember 1990, in dem zwischen der NÖ Landesregierung und der Ärztekammer für NÖ ein ab 1. Jänner 1991 gültiges Verhandlungsergebnis wiedergegeben worden und auch die finanzielle Abgeltung der Nachtdienste der Primärärzte geregelt worden sei. Dieses Verhandlungsergebnis gehe eindeutig davon aus, daß Nachtdienste nicht als Mehrleistungen im Sinne des § 46 GBDO angesehen werden könnten, sondern als Zulagen zu werten seien. Aus formellen Gründen sei es aber der belangten Behörde verwehrt, die Antragstellung des Beschwerdeführers aus dieser Sicht zu beleuchten.

Gegen diesen Bescheid wandte sich der Beschwerdeführer an den Verfassungsgerichtshof, der aber die Behandlung der Beschwerde ablehnte und diese antragsgemäß mit Beschluß vom 28. September 1993 an den Verwaltungsgerichtshof abtrat.

Nach Ergänzung der Beschwerde für das verwaltungsgerichtliche Verfahren eröffnete der Verwaltungsgerichtshof das Vorverfahren. Die belangte Behörde legte in diesem die Akten des Verfahrens vor, erstattete aber keine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat unter Abstandnahme von der beantragten mündlichen Verhandlung gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG erwogen:

Der Verwaltungsgerichtshof teilt die Auffassung des Beschwerdeführers und der belangten Behörde, daß die

erstinstanzliche Erledigung vom 30. September 1991 als Bescheid zu werten ist. Ungeachtet der Verwendung des Wortes "Zurückweisung" handelt es sich inhaltlich betrachtet bei diesem Abspruch um eine Abweisung des vom Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruches auf Abspruch über eine ihm allenfalls gebührende Abgeltung für zeitliche Mehrdienstleistungen nach der GBDO.

Vom Sachverhalt ist unbestritten, daß der Beschwerdeführer im einzelnen aufgelistete Nachtdienste erbracht und dafür auch bestimmte Zahlungen als Entschädigung erhalten hat. Dem angefochtenen Bescheid ist für diese Zahlungen aber weder eine dem Wesenskern des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses entsprechende besoldungsrechtliche Grundlage zu entnehmen (vgl. in diesem Zusammenhang Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Februar 1994, Zl. 93/12/0065, mit weiteren Judikaturhinweisen), noch ist eine den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens im Sinne des gemäß § 1 DVG anwendbaren AVG entsprechende Feststellung des Sachverhaltes in Beziehung zu der für den Beschwerdefall maßgebenden Rechtslage nach der GBDO erfolgt.

Nach § 32 Abs. 1 der NÖ Gemeindebeamtendienstordnung 1976, LGBl. 2400, in der Fassung der 15. Novelle, hat der Gemeindebeamte, sofern er nicht vom Dienst enthoben oder seine Abwesenheit vom Dienst gerechtfertigt ist, die vorgeschriebene regelmäßige Dienstzeit genau einzuhalten. Das Ausmaß der Dienstzeit ist nach Abs. 2 der genannten Bestimmung vom Gemeinderat, in Städten mit eigenem Statut vom Stadtsenat, nach Maßgabe der Erfordernisse des Dienstes festzusetzen und darf 40 Stunden pro Woche nicht übersteigen. Anwesenheitsdienste sind zur Hälfte auf dieses Ausmaß anzurechnen, Bereitschaft (§ 48a) gilt nicht als Dienstzeit. Wird ein Gemeindebeamter im Rahmen einer Bereitschaft zum Dienst herangezogen, so gilt die Zeit, während der er Dienst versehen hat, als Dienstzeit.

Für Dienstleistungen, die über jenes Ausmaß an Arbeitsleistung hinausgehen, welches vom Gemeindebeamten auf Grund seiner dienstrechtlichen Stellung innerhalb der Dienstzeit gemäß § 32 normalerweise zu erbringen ist (Normalleistung), gebührt nach § 46 Abs. 1 leg. cit. eine Entschädigung, wenn und insoweit diese Mehrdienstleistungen

a)

vom Gemeinderat, in den Städten mit eigenem Statut vom Stadtsenat, vom Bürgermeister oder von einem vom Bürgermeister hiezu ermächtigten Mitglied des Gemeindevorstandes (Stadtrates) oder des Stadtsenates oder von dem vom Bürgermeister hiezu ermächtigten leitenden Gemeindebeamten unter Berufung auf diese Ermächtigung schriftlich angeordnet sind und

b)

durch Freizeitgewährung innerhalb von 30 Tagen nicht ausgeglichen werden können. Soweit nicht dienstliche Interessen entgegenstehen, kann die Frist für den Zeitausgleich mit Zustimmung des Gemeindebeamten erstreckt werden.

Mehrdienstleistungsentschädigungen gemäß Abs. 1 können nach Abs. 6 der genannten Bestimmung im Einverständnis mit dem Gemeindebeamten bei regelmäßig wiederkehrenden Mehrdienstleistungen unter Bedachtnahme auf den Jahresdurchschnitt pauschaliert werden. Die Pauschalvergütung hat 90 v.H. des Durchschnittsbetrages, gerechnet auf ein volles Jahr, zu betragen. Die Festsetzung einheitlicher Pauschalien für im wesentlichen gleichartige Mehrdienstleistungen ist zulässig.

Maßgebend für den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruch auf Mehrdienstleistungsentschädigung ist, ob die im Gesetz enthaltenen Tatbestandserfordernisse erfüllt sind. Diese Tatbestandserfordernisse sind nach Abs. 1 des § 46 GBDO:

1.

Eine Dienstleistung, die zeitlich gesehen über die Normaldienstleistung (nach § 32 GBDO 40 Wochenstunden) hinausgeht,

2.

das Vorliegen einer schriftlichen Anordnung durch bestimmte Gemeindeorgane oder vom Bürgermeister ermächtigte Gemeindebeamte und

3.

die Unmöglichkeit einer fristgerechten Abgeltung durch Freizeit.

Eine finanzielle Abgeltung für zeitliche Mehrdienstleistungen, die den Erfordernissen des Abs. 1 entsprechen, ist entweder in Form einer Einzelentschädigung (Bemessung nach Abs. 2 und 3 des § 46 GBDO) oder einer am Durchschnitt der Einzelabgeltung in einem Jahr orientierten Pauschalvergütung (§ 46 Abs. 6 GBDO) vorgesehen. Nur bestimmte leitende Beamte sind - sofern sie eine "Personalzulage" erhalten (Abs. 7 und 8 des § 46 GBDO) - vom Anspruch auf Mehrdienstleistungszulage insoweit ausgeschlossen, als es sich um die in Ausübung der Diensthoheit erbrachten Mehrdienstleistungen handelt.

Die belangte Behörde stützt ihre den geltend gemachten Anspruch des Beschwerdeführers auf Individualabgeltung von Mehrdienstleistungen nach der GBDO abweisende Entscheidung auf folgende Gründe:

1.

Es fehle an einer entsprechenden schriftlichen Anordnung für die erbrachten Nachtdienste.

2.

Der Beschwerdeführer habe trotz zeitlicher Dispositionsfreiheit nicht behauptet, daß ihm die Abgeltung der Nachtdienste im Wege des Freizeitausgleichs unmöglich gewesen wäre.

3.

Da für den Beschwerdeführer keine regelmäßige Dienstzeit nach § 32 GBDO bestanden habe, sei § 46 GBDO überhaupt nicht anwendbar.

4.

Der Beschwerdeführer habe ohnehin eine pauschalierte Mehrdienstleistungszulage im Sinne des § 46 Abs. 6 GBDO bezogen, deshalb sei ein weiterer Anspruch ausgeschlossen.

Im übrigen habe der Beschwerdeführer weiters auf Grund einer Vereinbarung zwischen der NÖ Landesregierung und der Ärztekammer für Niederösterreich eine finanzielle Abgeltung der Nachtdienste erhalten.

Bereits die Gegenüberstellung dieser verschiedenen Begründungen zeigt die Widersprüchlichkeit der Argumente und die Rechtswidrigkeit des Vorgehens - nicht nur der belangten Behörde - in diesem Zusammenhang auf. Wäre das unter Pkt. 3. dargestellte Argument zutreffend, dann hätte der Beschwerdeführer auch keinen Anspruch auf eine pauschalierte Mehrdienstleistungszulage (Pkt. 4.) und hätten sich die unter Pkt. 1. angesprochenen Ausführungen von vornherein erübrigt. Die zuletzt angedeutete Vorgangsweise entbehrt - bezogen auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis des Beschwerdeführers und die daraus resultierenden Erfordernisse - einer entsprechenden gesetzlichen Deckung für das konkrete behördliche Handeln. Bei einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis handelt es sich nämlich nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Vertragspartnern; die aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis abgeleiteten Rechte und Pflichten sind im Gegensatz zu privatrechtlichen Dienstverhältnissen - sofern nicht Gestaltungsrechte gesetzlich ausdrücklich eingeräumt sind - weder vom Dienstgeber noch vom Dienstnehmer gestaltbar, sondern haben sich aus dem Gesetz zu ergeben. Maßgebend für einen Anspruch ist daher nur, ob die im Gesetz enthaltenen Tatbestandserfordernisse erfüllt sind (vgl. beispielsweise Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Mai 1990, Zlen. 89/12/0004, 0005). Obwohl sich die belangte Behörde selbst in ihren Ausführungen zu der unter Pkt. 1. zusammengefaßten Argumentation auf solche Rechtsüberlegungen beruft, hat sie ohne entsprechende rechtliche Deckung auf Grund einer unter Bezugnahme auf ein "Verhandlungsergebnis" zwischen der NÖ Landesregierung und den NÖ Gemeindevertreterverbänden der ÖVP und SPÖ einerseits und der Ärztekammer für Niederösterreich andererseits gegebenen erlaßmäßigen "Empfehlung der NÖ Landesregierung" vom 17. Dezember 1990 offenbar rechtswidrig Leistungen erbracht.

Obwohl aus den Akten des Verwaltungsverfahrens hervorgeht, daß der Beschwerdeführer auch eine Personalzulage bezieht, welche nur den im § 46 Abs. 7 GBDO genannten leitenden Gemeindebeamten für die in Ausübung der Diensthoheit erbrachten Mehrdienstleistungen zusteht, nimmt die belangte Behörde auf diesen Umstand in ihren Ausführungen keinen Bezug. Der Verwaltungsgerichtshof geht daher davon aus, daß diese tatsächlich geleistete Zulage den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruch nicht ausschließt.

Die Stellungnahme des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren vom 3. November 1992 ist insofern in sich

widersprüchlich, als der Beschwerdeführer in Verfolgung seines ursprünglichen Begehrens zuerst von geleisteten Nachtdiensten, aber im Schlußsatz von "Nacht- und Bereitschaftsdiensten" spricht. Die belangte Behörde setzt sich in der Begründung des angefochtenen Bescheides auch mit diesem Vorbringen nicht auseinander und trifft keine Aussage darüber, ob unter den vom Beschwerdeführer gemeldeten Nachtdiensten, auf die er seinen Anspruch stützt, auch solche waren, die nur als Bereitschaft zu werten seien und damit gemäß § 32 Abs. 2 GBDO als Grundlage für eine Mehrdienstleistungsentschädigung nach § 46 Abs. 1 GBDO nicht in Frage kommen.

Ungeachtet der bereits aufgezeigten Widersprüchlichkeiten, der Erhebungs- und Begründungsmängel im angefochtenen Bescheid und die gegen die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns verstoßende Vorgangsweise der belangten Behörde ist dieser aber einzuräumen, daß die angefochtene Entscheidung im Ergebnis insbesondere dann der GBDO entspräche, wenn es für die vom Beschwerdeführer erbrachten Nachtdienste im Sinne des § 46 Abs. 1 GBDO an einer entsprechenden schriftlichen Anordnung gefehlt hätte. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zum § 46 Abs. 1 GBDO klargestellt, daß im NÖ Gemeindebeamtendienstrecht mangels einer dem § 49 Abs. 1 BDG 1979 entsprechenden Regelung (selbständige Berechtigung eines Beamten zur Erbringung von Überstunden in Notsituationen) eine Prüfung der Sachlage in der Richtung, ob ein zur Anordnung der Überstunden Befugter nicht erreichbar war bzw. ob die Leistung der Überstunde zur Abwehr von Schaden unverzüglich notwendig war, entbehrlich ist (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Mai 1990,

Zlen. 89/12/0004, 0005). In dem dem letztgenannten Erkenntnis zugrunde liegenden verwaltungsbehördlichen bzw. verwaltungsgerichtlichen Verfahren hatte der damalige Beschwerdeführer keine schriftliche Anordnung behauptet, sondern seinen vermeintlichen Anspruch auf die dem Dienstgeber bekannte Tatsache der Erbringung und Entgegennahme von zeitlichen Mehrdienstleistungen gestützt.

Im Gegensatz dazu hat der Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdefall im Verfahren vor der belangten Behörde ein Schriftstück vom 26. Jänner 1990, Zl. SG Ia/60-90/PV/Dr.Kö./Le, mit dem Betreff:

"Ärztlicher Nachtdienst an der h.o.

urologischen Abteilung

Endgültige Festlegung durch den Bürgermeister

a)

Grundsätzliches

b)

Abwicklung vom 01.01.88 bis 31.12.89

c)

Abwicklung ab 01.01.1990 bis auf weiteres"

vorgelegt und dem die Bedeutung einer schriftlichen Anordnung der Nachtdienste beigemessen. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde kommt diesem in Form eines Protokolles gehaltenen Schreiben nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes die Bedeutung einer schriftlichen Anordnung von Mehrdienstleistungen im Sinne des § 46 Abs. 1 GBDO zu. Dies insbesondere deshalb, weil die ausdrücklich vom Bürgermeister im Weisungsweg getroffene Regelung dem Beschwerdeführer vom Magistratsdirektor und vom Verwaltungsdirektor schriftlich bekanntgegeben worden ist. Aus dieser unbestrittenermaßen dem Bürgermeister zurechenbaren, letztendlich schriftlich getroffenen Verfügung ergibt sich zweifelsfrei, daß der Beschwerdeführer einerseits die Einteilung der Nachtdienste vorzunehmen und daß er andererseits auf eine gleichmäßige Verteilung der Nachtdienste - seine Person eingeschlossen - Bedacht zu nehmen hat. Daraus ergibt sich zwingend, daß, bezogen auf den Beschwerdeführer, ein zur Anordnung von Mehrdienstleistungen berechtigter Organwalter eine solche Anordnung getroffen hat, bei der bereits zum Zeitpunkt der Erteilung des Auftrages feststand, daß bei der Erfüllung dieses Auftrages Mehrdienstleistungen zu erbringen sein werden. Da bei der gegebenen Sach- und Rechtslage der Beschwerdeführer jedenfalls verpflichtet war, dieser Anordnung Folge zu leisten, und ihm diese Anordnung von einem leitenden Gemeindebeamten, der bei dieser Verfügung anwesend war, schriftlich zugekommen ist, liegt die Voraussetzung einer schriftlichen Anordnung von Mehrdienstleistungen nach § 46 Abs. 1 GBDO für die Zeit ab Erlassung dieser Anordnung jedenfalls vor.

Für den vor diesem Zeitpunkt gelegenen Zeitraum konnte der Beschwerdeführer keine schriftliche Anordnung für die



erbrachten Mehrdienstleistungen - trotz Aufforderung - nennen. Die Ausführungen in dem genannten Schriftstück vom 26. Jänner 1990 über die verfügte Vorgangsweise für den Zeitraum vom 1. Jänner 1988 bis 31. Dezember 1989 betreffen nur die Verrechnung, können aber inhaltlich nicht als Erfüllung der in Rede stehenden Tatbestandsvoraussetzungen nach § 46 Abs. 1 GBDO gewertet werden. Soweit das Beschwerdevorbringen (insbesondere die Ausführungen zur Gleichbehandlungspflicht des Dienstgebers und verschiedene aus dem Arbeitsrecht abgeleitete Überlegungen) darauf Bezug nimmt, ist ihm zu erwidern, daß dies an den bereits vorher im Zusammenhang mit den Argumenten der belangten Behörde zur finanziellen Abgeltung der Nachtdienste auf Grund einer Vereinbarung dargestellten Grundsätzen für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vorbeigeht.

Aber auch die unter Pkt. 2. angesprochene Argumentation der belangten Behörde zur Frage der Inanspruchnahme von Freizeit (der Beschwerdeführer habe nicht behauptet, er habe keine Freizeit in Anspruch nehmen können - § 46 Abs. 1 lit. b GBDO) kann die angefochtene Entscheidung nicht tragen. Dieser Aspekt wurde in dem der Entscheidung vorgelagerten Verwaltungsverfahren überhaupt nicht behandelt. Es würde eine Überziehung des Antragsprinzips bzw. der Mitwirkungsverpflichtung des Beschwerdeführers bedeuten, wenn die Partei des Verfahrens bei der gegebenen Sach- und Rechtslage von sich aus alle denkbaren Voraussetzungen für den von ihr geltend gemachten Anspruch selbst vorbringen müßte. Nach den gemäß § 1 DVG anwendbaren Regelungen des AVG (§§ 37, 45, 58 Abs. 2 und 60) und unter Berücksichtigung des § 8 DVG wäre es vielmehr Aufgabe der belangten Behörde gewesen, im Ermittlungsverfahren durch entsprechende Erhebungen über die Normaldienstleistung des Beschwerdeführers klarzustellen, ob der Beschwerdeführer überhaupt die Möglichkeit zu einer Inanspruchnahme von Freizeitenausgleich gehabt hätte und warum er von dieser konkreten Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat.

Hinsichtlich des Pkt. 3. ist davon auszugehen, daß eine Sonderregelung über die Dienstzeit der Primärärzte weder dem § 32 noch einer sonstigen Regelung der GBDO zu entnehmen ist, noch nennt der angefochtene Bescheid eine von der 40-Stunden-Woche abweichende, vom Stadtsenat im Sinne des § 32 Abs. 2 GBDO getroffene Regelung. Es ist daher rechtlich davon auszugehen, daß der Beschwerdeführer nach § 32 Abs. 1 und 2 eine Dienstzeit von 40 Stunden pro Woche zu erfüllen gehabt hat. Feststellungen darüber, daß der Beschwerdeführer in dem in Frage stehenden Zeitraum dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, sind dem angefochtenen Bescheid nicht zu entnehmen. Weder der Hinweis auf amtsbekannte Üblichkeiten noch auf die zeitliche Dispositionsfreiheit kann vor dem Hintergrund der Rechtslage die belangte Behörde von der sie treffenden Erhebungs- und Feststellungsverpflichtung diesbezüglich befreien. Für die Folgerung der belangten Behörde aus der (- unbegründeten -) Annahme, es habe für den Beschwerdeführer keine regelmäßige Dienstzeit gemäß § 32 GBDO bestanden und schon deshalb sei § 46 leg. cit. auf ihn nicht anwendbar, sieht der Verwaltungsgerichtshof bei der gegebenen Rechtslage keinen Ansatzpunkt. In dem von der belangten Behörde zur Stützung ihrer Auffassung genannten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. Mai 1982, Zl. 81/12/0161, hat der Verwaltungsgerichtshof zu dieser Frage keine Stellung genommen und seine damalige Abweisung nur darauf gestützt, daß der damalige Beschwerdeführer die geltend gemachten Überstunden nicht konkret angab, keine schriftliche Anordnung für diese Mehrdienstleistungen vorlag und ein guter Teil dieser in Form von Wohnungsbereitschaft erbracht worden war.

Was schließlich das Argument der Pauschalierung der Mehrdienstleistungen nach § 46 Abs. 6 GBDO betrifft (Pkt. 4.), kann der letztgenannten Bestimmung nicht die Bedeutung beigemessen werden, daß jedwede Pauschalierung als Abgeltung jeder Menge von Mehrdienstleistungen in Frage kommt. Die gesetzliche Pauschalierungsregelung legt vielmehr die Grundsätze für die Berechnung auf Basis der erbrachten Mehrdienstleistungen fest. Davon ausgehend wäre es auf Grund des nicht unsubstantiierten Antrages des Beschwerdeführers Aufgabe der belangten Behörde gewesen, Erhebungen darüber anzustellen, ob die Pauschalierung noch dem der seinerzeitigen Bemessung zugrunde liegenden Sachverhalt entspricht.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher in mehrfacher Weise mit Rechtswidrigkeiten des Inhaltes bzw. mit Rechtswidrigkeiten infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet. Da der von der belangten Behörde getroffene Abspruch zeitlich teilbar ist und für die Zeit bis zur Erteilung der Weisung des Bürgermeisters vom 16. Jänner 1990 keine schriftliche Anordnung einer Mehrdienstleistung im Sinne des § 46 Abs. 1 GBDO als vorliegend erkannt werden konnte, war der angefochtene Bescheid in dem darüber hinausgehenden Rahmen aufzuheben; im übrigen war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Soweit in der Amtlichen Sammlung nichtveröffentlichte Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes genannt sind, wird auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes BGBl. Nr. 45/1965 verwiesen.

### **Schlagworte**

Begründung Allgemein Begründungspflicht Beweiswürdigung und Beweismittel Allgemein Begründungspflicht Beweiswürdigung und Beweismittel Begründung hinsichtlich einander widersprechender Beweisergebnisse Begründungspflicht Manuduktionspflicht Mitwirkungspflicht Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Mitwirkungspflicht Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Sachverhaltsänderung

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1993120312.X00

### **Im RIS seit**

25.01.2001

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

© 2026 JUSLINE

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

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