

Verwaltungsgerichtshof

Zl. 2010/12/0119-8 (früher

Zl. 2006/12/0192)

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Nowakowski, Dr. Thoma und Dr. N. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Khorramdel, über die Beschwerde der S G in L, vertreten durch Dr. Siegfried Leitner, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Jakominiplatz 17/I, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur (nunmehr: Bundesministerin für Wissenschaft und Forschung) vom 9. Mai 2005, Zl. BMBWK-414.138/0002-VII/1a/2005, betreffend Weiterzahlung des Arbeitsentgelts (Journaldienstzulage) nach § 14 Abs. 2 MSchG, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von € 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Zur Darstellung des Verwaltungsgeschehens wird zunächst in sinngemäßer Anwendung des § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf den in dieser Sache ergangenen Beschluss (das Vorabentscheidungsersuchen) vom 28. März 2008, Zl. 2006/12/0192 (= Zl. EU 2008/0001) verwiesen.

In seinem Urteil vom 1. Juli 2010, Rs C-194/08, beantwortete der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) diese Fragen mit folgender auszugsweise wiedergegebener Begründung:

(16. September 2010)

**"Zu den Vorlagefragen**

*Zur Frage 1a, betreffend die unmittelbare Wirkung von Art. 11 Nrn. 1 bis 3 der Richtlinie 92/85*

- 43 Mit seiner Frage 1a möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 11 Nrn. 1 bis 3 der Richtlinie 92/85 unmittelbare Wirkung entfalten und für den Einzelnen Rechte begründen kann, die dieser gegenüber dem Mitgliedstaat, der diese Richtlinie nicht oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat, geltend machen kann und zu deren Schutz die nationalen Gerichte verpflichtet sind.
- 44 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs kann sich der Einzelne in allen Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor den nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen, wenn dieser die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat (vgl. u. a. Urteile vom 19. Januar 1982, Becker, 8/81, Slg. 1982, 53, Randnr. 25, vom 17. September 1996, Cooperativa Agricola Zootechnica S. Antonio u. a., C-246/94 bis C-249/94, Slg. 1996, I-4373, Randnr. 17, sowie vom 17. Juli 2008, Flughafen Köln/Bonn, C-226/07, Slg. 2008, I-5999, Randnr. 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 45 Eine Unionsvorschrift ist unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung normiert, die an keine Bedingung geknüpft ist und zu ihrer Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf. Sie ist hinreichend genau, um von einem Einzelnen geltend gemacht und vom Gericht angewandt werden zu können, wenn sie in unzweideutigen Worten eine Verpflichtung festlegt (vgl. u. a. Urteile Cooperativa Agricola Zootechnica S. Antonio u. a., Randnr. 19, sowie vom 26. Oktober 2006, Pohl-Boskamp, C-317/05, Slg. 2006, I-10611, Randnr. 41).
- 46 Art. 11 Nrn. 1 bis 3 der Richtlinie 92/85 erfüllt diese Kriterien, da er den Mitgliedstaaten in unzweideutigen Worten eine Verpflichtung zur Erreichung eines bestimmten Ergebnisses auferlegt, die darin besteht, in der Folge einer Umgestaltung der Arbeitsbedingungen, einer einstweiligen Verwendung auf einer anderen Stelle und während der in den Art. 5 bis 7 dieser Richtlinie genannten Beurlaubungen in der Zeit der Schwangerschaft sowie während des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 8 dieser Richtlinie die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte der schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen sowie die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder den Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung zu gewährleisten.
- 47 Zwar sieht Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 vor, dass bei schwangeren Arbeitnehmerinnen in den in Art. 5 dieser Richtlinie vorgesehenen Fällen - also bei solchen, die von einer vorübergehenden Umgestaltung ihrer Arbeitsbedingungen, von einem einstweiligen Arbeitsplatzwechsel oder im äußersten Fall von einer Beurlaubung betroffen sind - diese Bezüge entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten sichergestellt sein müssen.

- 48 Die Genauigkeit und die Unbedingtheit von Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 werden durch die Bezugnahme auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten jedoch nicht berührt. Auch wenn diese Bestimmung den Mitgliedstaaten einen gewissen Gestaltungsspielraum bei der Festlegung der Modalitäten für ihre Durchführung lässt, wird die Genauigkeit und die Unbedingtheit dieser Bestimmung dadurch nämlich nicht in Frage gestellt. Die Modalitäten einer solchen Durchführung dürfen sich keinesfalls auf den Inhalt selbst des in Art. 11 Nr. 1 verankerten Rechts erstrecken und können somit weder die Existenz dieses Rechts an Voraussetzungen knüpfen noch dessen Umfang einschränken (vgl. Urteile Parviainen, Randnr. 55, und, in Bezug auf Art. 10 der Richtlinie 92/85, vom 4. Oktober 2001, Jiménez Melgar, C-438/99, Slg. 2001, I-6915, Randnrn. 33 und 34, vgl. auch entsprechend Urteile vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a., C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnr. 105, und vom 15. April 2008, Impact, C-268/06, Slg. 2008, I-2483, Randnr. 67).
- 49 Auch sieht Art. 11 Nr. 3 der Richtlinie 92/85 hinsichtlich der in deren Art. 8 genannten Arbeitnehmerinnen im Mutterschaftsurlaub vor, dass die Sozialleistung, auf die in Art. 11 Nr. 2 Buchst. b Bezug genommen wird, als angemessen gilt, wenn sie mindestens den Bezügen entspricht, die die betreffende Arbeitnehmerin im Fall einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen erhalten würde.
- 50 Jedoch wird auch dadurch, dass für diese Bezüge nach dem Wortlaut von Art. 11 Nr. 3 der Richtlinie 92/85 eine vom einzelstaatlichen Gesetzgeber festgelegte Obergrenze vorgesehen sein könnte, so dass diese Leistung der Höhe nach von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren kann, die Genauigkeit und die Unbedingtheit weder dieser Bestimmung noch des Art. 11 Nr. 2 dieser Richtlinie in Frage gestellt. Da die Bezüge, die einer Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub zu gewährleisten sind, durch Gesetz festgelegt sind, beeinträchtigt die Anwendung der in Art. 11 Nr. 3 vorgesehenen Obergrenze nicht die Eignung von Art. 11 Nrn. 2 und 3 dieser Richtlinie, von einem Gericht auf einen Sachverhalt angewandt zu werden, über den dieses zu entscheiden hat, und kann daher der genannten Bestimmung nicht ihre hinreichende inhaltliche Bestimmtheit nehmen (vgl. entsprechend Urteil Impact, Randnr. 61).
- 51 Was die den Mitgliedstaaten nach Art. 11 Nr. 4 der Richtlinie 92/85 eingeräumte Möglichkeit angeht, den Anspruch auf die Fortzahlung des Arbeitsentgelts oder die in Art. 11 Nrn. 1 und 2 Buchst. b genannte Sozialleistung davon abhängig zu machen, dass die betreffende Arbeitnehmerin die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Bedingungen für das Entstehen eines Anspruchs auf diese Leistungen erfüllt, ist darauf hinzuweisen, dass diese Bedingungen für das Entstehen den in Art. 11 Nrn. 1 bis 3 vorgesehenen Mindestschutz nicht schmälern und auf jeden Fall gerichtlich überprüft werden können.
- 52 Somit ist festzustellen, dass Art. 11 Nrn. 1 bis 3 der Richtlinie 92/85 alle Voraussetzungen für die Entfaltung einer unmittelbaren Wirkung erfüllt.

- 53 Demnach ist auf die Frage 1a zu antworten, dass Art. 11 Nrn. 1 bis 3 der Richtlinie 92/85 unmittelbare Wirkung entfaltet und für den Einzelnen Rechte begründet, die dieser gegenüber dem Mitgliedstaat, der diese Richtlinie nicht oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat, geltend machen kann und zu deren Schutz die nationalen Gerichte verpflichtet sind.

*Zu den Fragen 1b und 1c, betreffend den Anspruch auf Zahlung der  
Journaldienstzulage*

- 54 Mit seinen Fragen 1b und 1c möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 11 Nrn. 1 bis 3 der Richtlinie 92/85 dahin auszulegen ist, dass während der Zeiten einer Beurlaubung oder eines Beschäftigungsverbots für schwangere Arbeitnehmerinnen und/oder solche im Mutterschaftsurlaub der Anspruch auf Fortzahlung der Journaldienstzulage zustehen muss. In diesem Zusammenhang fragt das vorlegende Gericht auch danach, ob die Antwort auf diese Frage dadurch beeinflusst wird, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften den Anspruch einer während der Schwangerschaft beurlaubten Arbeitnehmerin oder einer solchen im Mutterschaftsurlaub auf ein Arbeitsentgelt vorsehen, das dem Durchschnittsverdienst gleichkommt, den sie in einem Referenzzeitraum vor ihrer Beurlaubung während der Schwangerschaft sowie zu Beginn ihres Mutterschaftsurlaubs unter Ausschluss der Journaldienstzulage bezogen hat.
- 55 Vorab ist klarzustellen, dass das vorlegende Gericht mit dieser Frage den Umfang des Entgeltanspruchs einer schwangeren Arbeitnehmerin während zweier verschiedener Zeiträume in Erfahrung bringen möchte, nämlich zum einen des Zeitraums der Beurlaubung während der Schwangerschaft und zum anderen des Zeitraums des dem Mutterschaftsurlaub entsprechenden Beschäftigungsverbots.
- 56 Angesichts dessen, dass diese beiden Zeiträume in unterschiedlichen Bestimmungen der Richtlinie 92/85 geregelt sind, ist die vom vorlegenden Gericht gestellte Frage gesondert danach zu beantworten, ob sie den Entgeltanspruch einer Arbeitnehmerin während der Schwangerschaft oder während des Mutterschaftsurlaubs betrifft.
- Zum Anspruch einer schwangeren Arbeitnehmerin, die während der Schwangerschaft wegen einer Gefährdung der Sicherheit oder Gesundheit beurlaubt ist, auf die Journaldienstzulage
- 57 Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 ist zu entnehmen, dass in den von den Art. 5 bis 7 dieser Richtlinie erfassten Fällen die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte der schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen, einschließlich der Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder des Anspruchs auf eine angemessene Sozialleistung, entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten gewährleistet sein müssen.
- 58 Anders als die in Art. 5 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 92/85 genannten schwangeren Arbeitnehmerinnen, die tatsächlich weiter arbeiten und die Arbeitsleistungen erbringen, die ihnen von ihrem Arbeitgeber zugewiesen wurden, ist eine schwangere Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 5 Abs. 3 dieser Richtlinie während des gesamten Zeitraums beurlaubt, der erforderlich ist, um den Schutz ihrer Sicherheit und ihrer Gesundheit und implizit die ihres Kindes zu gewährleisten.

- 59 Indes werden alle in Art. 5 der Richtlinie 92/85 genannten Schutzmaßnahmen nicht auf Antrag der schwangeren Arbeitnehmerin, sondern aufgrund ihrer bestehenden Schwangerschaft getroffen. Sie sind das Ergebnis einer Risikobeurteilung und eines durch Art. 5 sowie durch die einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts festgelegten gesetzlichen Verbots, und sie sind darauf gerichtet, jede Gefährdung der Sicherheit oder Gesundheit dieser Arbeitnehmerin oder ihres Kindes auszuschließen. Daher bleibt das mit dieser Richtlinie verfolgte Ziel des Schutzes der in diesem Artikel genannten schwangeren Arbeitnehmerinnen unverändert, auch wenn das Ergebnis der Risikobeurteilung, zu deren Vornahme der Arbeitgeber nach Art. 4 dieser Richtlinie verpflichtet ist, unterschiedlich ausfällt, je nachdem, welcher Absatz von Art. 5 sich als anwendbar erweist. Darüber hinaus ist, wie sich aus dem Wortlaut von Art. 5 ergibt, der Arbeitgeber verpflichtet, die ausdrückliche Reihenfolge, in der die in diesem Artikel vorgesehenen Schutzmaßnahmen zu treffen sind, und die diese Reihenfolge regelnden Voraussetzungen zu beachten.
- 60 Eine Prüfung des Wortlauts des Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 und des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen ergibt, dass eine schwangere Arbeitnehmerin wie die Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens, die vorübergehend beurlaubt wird und deren Entgelt sich in der Zeit vor dieser Beurlaubung aus einem Grundgehalt, bestimmten Vergütungen und einer Journaldienstzulage für über die im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden hinaus geleistete Stunden zusammensetzt, auf der Grundlage dieser Bestimmung keinen Anspruch auf Zahlung einer solchen Zulage hat.
- 61 Auch wenn es sich bei der Journaldienstzulage - da sie auf dem Arbeitsverhältnis beruht - um ein Entgelt im Sinne des Art. 141 EG handelt, ändert dies nichts daran, dass sich Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 in den meisten der zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie vorliegenden Sprachfassungen auf die Fortzahlung 'eines' Arbeitsentgelts und nicht 'des' Arbeitsentgelts der betroffenen Arbeitnehmerin bezieht.
- 62 Darüber hinaus steht es den Mitgliedstaaten nach Art. 11 Nr. 4 der Richtlinie frei, den Anspruch auf die Fortzahlung des Arbeitsentgelts oder die in Nr. 1 dieser Vorschrift genannte Sozialleistung davon abhängig zu machen, dass die betreffende Arbeitnehmerin die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Bedingungen für das Entstehen eines Anspruchs auf diese Leistungen erfüllt.
- 63 Zudem hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass tatsächliche Umstände betreffend die Art der verrichteten Arbeiten und die Bedingungen, unter denen sie verrichtet werden, gegebenenfalls als objektive Faktoren angesehen werden können, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben und mögliche Unterschiede beim Entgelt zwischen verschiedenen Arbeitnehmergruppen rechtfertigen können (vgl. in diesem Sinne zu Art. 141 EG Urteil vom 30. März 2000, JämO, C-236/98, Slg. 2000, I-2189, Randnr. 52).

- 64 Den dem Gerichtshof vorliegenden Angaben zufolge wird im Ausgangsverfahren den Arbeitnehmern die Journaldienstzulage jedoch unter Bedachtnahme auf die Dauer des während der Überstunden geleisteten Dienstes und auf die durchschnittliche Inanspruchnahme des betreffenden Arbeitnehmers während dieses Dienstes gezahlt. Es steht fest, dass eine schwangere Arbeitnehmerin in der Zeit eines während ihrer Schwangerschaft eingetretenen Beschäftigungsverbots nicht die Leistungen erbringt, die den Anspruch auf Zahlung dieser Zulage begründen.
- 65 Wie der Gerichtshof in den Randnrn. 49 und 61 des Urteils Parviainen in Bezug auf eine schwangere Arbeitnehmerin, die gemäß Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 92/85 während und wegen ihrer Schwangerschaft vorübergehend auf einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt wurde, entschieden hat, sind die Mitgliedstaaten und gegebenenfalls die Sozialpartner nach Art. 11 Nr. 1 dieser Richtlinie nicht verpflichtet, während dieser vorübergehenden Beschäftigung die Entgeltbestandteile oder die Zulagen weiter zu zahlen, die davon abhängen, dass die betroffene Arbeitnehmerin bestimmte Tätigkeiten unter besonderen Umständen ausübt, und mit denen im Wesentlichen die mit der Ausübung dieser Tätigkeiten verbundenen Nachteile ausgeglichen werden sollen. Das Gleiche gilt für eine schwangere Arbeitnehmerin, die nach Art. 5 Abs. 3 dieser Richtlinie und den entsprechenden Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts beurlaubt ist.
- 66 Schließlich verweist Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 ausdrücklich auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten.
- 67 Wie aus Randnr. 48 des vorliegenden Urteils hervorgeht, belässt diese Bestimmung den Mitgliedstaaten einen gewissen Ermessensspielraum bei der Bestimmung der Voraussetzungen für die Ausübung und die Umsetzung des Entgeltanspruchs der in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 92/85 genannten schwangeren Arbeitnehmerinnen. Es ist somit Sache der Mitgliedstaaten, die Durchführungsmodalitäten dieses Anspruchs festzulegen, ohne jedoch bereits die Entstehung dieses sich unmittelbar aus der Richtlinie und dem Beschäftigungsverhältnis zwischen der schwangeren Arbeitnehmerin und ihrem Arbeitgeber ergebenden Anspruchs von irgendeiner Voraussetzung abhängig machen zu können (vgl. entsprechend Urteil vom 26. Juni 2001, BECTU, C-173/99, Slg. 2001, I-4881, Randnr. 53, und auch Urteil Parviainen, Randnr. 55).
- 68 Die Ausübung dieses Ermessens durch die Mitgliedstaaten und gegebenenfalls die Sozialpartner bei der Festlegung des Entgelts, auf das eine schwangere Arbeitnehmerin, die während und wegen ihrer Schwangerschaft vorübergehend beurlaubt wurde, Anspruch hat, darf weder das mit der Richtlinie 92/85 verfolgte Ziel des Schutzes von Sicherheit und Gesundheit schwangerer Arbeitnehmerinnen beeinträchtigen noch außer Acht lassen, dass diese Beurlaubung eine letzte, nur dann gebotene Schutzmaßnahme ist, wenn die vorübergehende Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz technisch und/oder sachlich nicht möglich oder aus gebührend nachgewiesenen Gründen nicht zumutbar ist.

- 69 Nach dem 16. Erwägungsgrund der Richtlinie 92/85 hätten die arbeitsorganisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der schwangeren Arbeitnehmerinnen, der Wöchnerinnen oder der stillenden Arbeitnehmerinnen nämlich keine praktische Wirksamkeit, wenn nicht gleichzeitig die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte, einschließlich der Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder des Anspruchs auf eine angemessene Sozialleistung, gewährleistet wären.
- 70 Bei im äußersten Fall nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie beurlaubten schwangeren Arbeitnehmerinnen können die Mitgliedstaaten und gegebenenfalls die Sozialpartner die Bezüge in Form einer angemessenen Sozialleistung, eines Arbeitsentgelts oder einer Kombination aus beiden gewährleisten, doch darf die von ihnen insoweit getroffene Entscheidung und die Höhe, in der die Bezüge festgesetzt werden, diese praktische Wirksamkeit nicht beeinträchtigen.
- 71 Es liegt auf der Hand, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 92/85 und die mit ihr verfolgten Ziele nicht gewährleistet wären, könnte ein Arbeitgeber aufgrund der Festsetzung der Bezüge in geringerer Höhe gemäß Art. 11 Nr. 1 dieser Richtlinie auf deren Art. 5 Abs. 3 zurückgreifen, um den finanziellen Schaden zu mindern, der ihm aufgrund der Abwesenheit der schwangeren Arbeitnehmerin während deren Schwangerschaft entstehen könnte.
- 72 Beschließen die Mitgliedstaaten und gegebenenfalls die Sozialpartner, einer schwangeren Arbeitnehmerin, die beurlaubt ist oder für die nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 92/85 ein Beschäftigungsverbot gilt, gemäß deren Art. 11 Nr. 1 Bezüge in Form eines Arbeitsentgelts, einer angemessenen Sozialleistung oder einer Kombination aus beiden zu gewährleisten, müssen sich diese Bezüge auf jeden Fall aus dem monatlichen Grundgehalt dieser Arbeitnehmerin sowie den Bestandteilen ihres Entgelts oder den Zulagen zusammensetzen, die an ihre berufliche Stellung - die durch diese Beurlaubung in keiner Weise angetastet wird - anknüpfen, wie etwa die Zulagen, die an ihre leitende Position, an die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit und an ihre beruflichen Qualifikationen anknüpfen (vgl. in diesem Sinne Urteil Parviainen, Randnr. 60).
- 73 Jede andere Auslegung des Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 hinsichtlich des Anspruchs der in Art. 5 dieser Richtlinie genannten schwangeren Arbeitnehmerinnen auf Zahlung von Bezügen könnte die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie beeinträchtigen und ihr einen wesentlichen Teil ihres Inhalts nehmen.
- 74 Der dem Gerichtshof vorliegenden Akte ist zu entnehmen, dass das Arbeitsentgelt, das eine schwangere Arbeitnehmerin beanspruchen kann, für die während ihrer Schwangerschaft ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 3 MSchG bestand, nach § 14 Abs. 1 und 2 MSchG bemessen wird. Danach hat die schwangere Arbeitnehmerin Anspruch auf das Entgelt, das dem Durchschnittsverdienst gleichkommt, den sie während der letzten 13 Wochen vor dem Beschäftigungsverbot bezogen hat. Die Journaldienstzulage, die die Arbeitnehmerin während dieses Referenzzeitraums beanspruchen konnte, wird in die Berechnung dieses Durchschnittsverdienstes jedoch nicht einbezogen.

- 75 Aus den in den Randnrn. 60 bis 67 des vorliegenden Urteils dargelegten Gründen ist der Ausschluss der Journaldienstzulage vom Arbeitsentgelt, das die schwangere Arbeitnehmerin, die während ihrer Schwangerschaft vorübergehend beurlaubt wird, beanspruchen kann, nicht als Verstoß gegen Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 anzusehen.
- 76 Demnach ist dem vorlegenden Gericht zu antworten, dass Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 dahin auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, die den Anspruch einer aufgrund der Schwangerschaft vorübergehend beurlaubten Arbeitnehmerin auf ein Arbeitsentgelt vorsehen, das dem Durchschnittsverdienst gleichkommt, den sie in einem Referenzzeitraum vor Beginn ihrer Schwangerschaft unter Ausschluss der Journaldienstzulage bezogen hat.

Zum Anspruch einer Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub auf die Journaldienstzulage

...

- 91 Demnach ist dem vorlegenden Gericht zu antworten, dass Art. 11 Nrn. 2 und 3 der Richtlinie 92/85 dahin auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, die den Anspruch einer Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub auf ein Arbeitsentgelt vorsehen, das dem Durchschnittsverdienst gleichkommt, den sie in einem Referenzzeitraum vor Beginn dieses Urlaubs unter Ausschluss der Journaldienstzulage bezogen hat.

*Zur zweiten Frage, betreffend die Folgen des Fehlens einer unmittelbaren Wirkung*

- 92 ...

- 93 Angesichts der Antwort auf Frage 1a ist die zweite Frage nicht zu beantworten.

#### **Kosten**

- 94 ...

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

- 1. Art. 11 Nrn. 1 bis 3 der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) entfaltet unmittelbare Wirkung und begründet für den Einzelnen Rechte, die dieser gegenüber dem Mitgliedstaat, der diese Richtlinie nicht oder nur unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat, geltend machen kann und zu deren Schutz die nationalen Gerichte verpflichtet sind.**



2. **Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85 ist dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, die den Anspruch einer aufgrund der Schwangerschaft vorübergehend beurlaubten Arbeitnehmerin auf ein Arbeitsentgelt vorsehen, das dem Durchschnittsverdienst gleichkommt, den sie in einem Referenzzeitraum vor Beginn ihrer Schwangerschaft unter Ausschluss der Journaldienstzulage bezogen hat.**
3. **Art. 11 Nrn. 2 und 3 der Richtlinie 92/85 ist dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, die den Anspruch einer Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub auf ein Arbeitsentgelt vorsehen, das dem Durchschnittsverdienst gleichkommt, den sie in einem Referenzzeitraum vor Beginn dieses Urlaubs unter Ausschluss der Journaldienstzulage bezogen hat."**

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Anspruch auf Weiterzahlung des Arbeitsentgelts nach § 14 Abs. 1 MSchG unter Einbeziehung der Journaldienstzulage nach § 17a GehG in die Bemessungsgrundlage verletzt.

Die zentrale Norm - so die Beschwerdegründe - bilde § 14 MSchG. Die Nichterbringung von Leistungen im Rahmen der Journaldienste sei untrennbar mit dem generellen Arbeitsverbot verbunden. Aus der unterschiedlichen Höhe der Nebengebühr als Folge tatsächlich erbrachter Leistungen könne kein Argument für die Verneinung des geltend gemachten Anspruchs abgeleitet werden. Dass eine Ermittlung monatlicher Durchschnittswerte nicht erfolgen könne, sei objektiv unrichtig, zumal § 14 MSchG eine gesetzliche Anordnung des anzuwendenden Berechnungsmodus enthalte. Aus § 3 Abs. 2 GehG könne nicht zwingend auf die Erfüllung der Gleichbehandlungsgebote geschlossen werden. Vielmehr sei diese Frage danach zu beurteilen, ob bei einer Änderung der Beschäftigung im Betrieb oder einem mit Schwangerschaft und Niederkunft verbundenen Arbeitsverbot im Rahmen der Abgeltung erbrachter Leistungen eine Gleichbehandlung erfolge. Durch die Zugrundelegung einer um die Journaldienstzulage verminderten Bemessungsgrundlage sei nicht der Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen, sondern ein geringerer Betrag ermittelt worden, sodass nicht nur eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes, sondern auch eine Verletzung einer nicht im

Verfassungsrang stehenden bundesgesetzlichen Bestimmung (§ 14 MSchG) vorliege. Die Journaldienstzulage sei die Abgeltung von Leistungen, die die Dienstnehmerin außerhalb des Dienstplanes zu erbringen habe, und stelle daher ein konkretes Entgelt für erbrachte Dienstleistungen, somit einen Teil des Arbeitseinkommens dar, auf dessen Weiterzahlung die Dienstnehmerin Anspruch habe, zumal diese Mehrleistung über Anordnung des Dienstgebers erfolge. Die Höhe des "Weiterzahlungsanspruches" ergebe sich durch die Höhe des Durchschnittsverdienstes im maßgeblichen Zeitabschnitt vor Eintritt des Änderungsumstandes, im Besonderen des mit der bevorstehenden Niederkunft verbundenen absoluten Arbeitsverbotes. In diesem Sinn werde von der Rechtsprechung auch der Anspruch auf Fortzahlung der Turnusdienstzulage als Folge des Nachtarbeitsverbotes bei eingetretener Schwangerschaft bejaht. Das Arbeitsverbot sei ein absolutes, sodass nach dem "Alles-oder-Nichts-Prinzips" eine Aufspaltung des bis dahin bezogenen Arbeitseinkommens in einzelne Teilansprüche gesetzwidrig sei.

Im Beschwerdefall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin innerhalb des nach § 14 Abs. 2 iVm Abs. 1 MSchG maßgebenden Zeitraumes vor Beginn ihres Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs. 3 MSchG Journaldienste verrichtet hat und hierfür einzelbemessene Journaldienstzulagen nach § 17a GehG nach Maßgabe der tatsächlich erbrachten Journaldienste unter Heranziehung der Stundensätze nach der Verordnung BGBl. II Nr. 202/2000, bezog.

Die Dienstbehörde erster Instanz hatte mit ihrem Bescheid vom 31. August 2004 den "Antrag vom 9. Februar 2004 auf Auszahlung der durchschnittlich geleisteten Journaldienste, bei schwangerschaftsbedingtem Beschäftigungsverbot, ... abgewiesen". Die belangte Behörde wiederum hatte über die Berufung der Beschwerdeführerin mit der Feststellung abgesprochen, "dass eine Journaldienstzulage für die Dauer der Beschäftigungsverbote der §§ 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 MSchG 1979 nicht gebührt".

Während somit der Spruch des Bescheides der Dienstbehörde erster Instanz dahingehend verstanden werden kann, dass ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Journaldienstzulage für die Zeiträume der Beschäftigungsverbote nach § 3 Abs. 1 und Abs. 3 MSchG versagt wurde, sprach die belangte Behörde über die "Dauer der Beschäftigungsverbote der §§ 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 MSchG" ab.

Die Beschwerdeführerin konnte allerdings während keines dieser Zeiträume in ihrem geltend gemachten Recht auf Journaldienstzulage verletzt werden:

Soweit sich die Beschwerdeführerin in ihrem Anspruch auf Journaldienstzulage während des Zeitraumes des individuellen Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 3 MSchG für verletzt erachtet, wird gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2009/12/0187, das besoldungsrechtliche Ansprüche (dort nach §§ 17a und 82b GehG) während eines solchen Zeitraumes beurteilte, und die dort näher dargelegten Erwägungen verwiesen.

Betreffend den Zeitraum des absoluten Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MSchG ist Folgendes auszuführen:

In seinem Erkenntnis vom 14. Februar 1979, Zl. 2854/77 = Slg. 9767/A, führte der Verwaltungsgerichtshof - soweit dies hier von Interesse ist - aus, da die Abwesenheit vom Dienst aus dem Grunde der Mutterschaft evidenter Maßen nicht dem ersten Satz des § 15 Abs. 5 GehG zugeordnet werden könne, habe die Rechtsfolge des Ruhens des Anspruchs auf pauschalisierte Nebengebühren einzutreten. Das Mutterschutzgesetz enthalte für die mehrfach geregelten Schutzfristen keine Regelung über ein fortzuzahlendes Entgelt, es könne daher auch keine Rede davon sein, dass das Mutterschutzgesetz als *lex specialis* dem § 15 Abs. 5 GehG vorginge.

Da § 3 Abs. 1 MSchG in § 14 Abs. 1 und 2 MSchG nicht genannt ist, ist ein allfälliger Anspruch der Beschwerdeführerin auf Journaldienstzulage ausschließlich nach dem Gehaltsgesetz 1956 zu beurteilen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Nebengebühren im Sinne des Gehaltsgesetzes 1956 (gleichgültig, ob sie in Form der Einzelbemessung oder pauschaliert festgelegt werden) an sich verwendungsbezogen gebühren. Fällt daher die Verwendung weg, mit der die Erbringung der anspruchsbegründenden Leistung bzw. das Entstehen anspruchsbegründender Aufwendungen verbunden ist, führt dies grundsätzlich auch zum Wegfall der Nebengebühren (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 2009, Zl. 2008/12/0149, mwN).

Beschwerdefallbezogen bedeutet dies, dass der Beschwerdeführerin infolge des Unterbleibens von Journaldiensten, bedingt durch das Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MSchG, auch kein Anspruch auf Journaldienstzulage mehr zukam. Dies gilt gleichermaßen für § 5 Abs. 1 MSchG.

Wie der EuGH im Punkt 2. des Tenors des zitierten Urteils vom 1. Juli 2010 ausführte, ist Art. 11 Nr. 1 der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, die den Anspruch einer auf Grund der Schwangerschaft vorübergehend beurlaubten Arbeitnehmerin auf ein Arbeitsentgelt vorsehen, das einem Durchschnittsverdienst gleichkommt, den sie in einem Referenzzeitraum vor Beginn ihrer Schwangerschaft unter Ausschluss der Journaldienstzulage bezogen hat.

Daraus folgt, dass auch vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen (nunmehr: unionsrechtlichen) Rechtslage Nebengebühren - fallbezogen: die Journaldienstzulage nach § 17a GehG - grundsätzlich nur verwendungsbezogen gebühren und im Fall des Unterbleibens der anspruchsbegründenden Verwendung, etwa infolge eines Beschäftigungsverbotes nach § 3 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 MSchG, dies zu einem Entfall des Anspruchs auf diese Nebengebühr führt.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere ihrem § 3 Abs. 2.

W i e n , am 16. September 2010