



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 2 C 73.10  
OVG 5 LC 450/08

Verkündet  
am 27. Oktober 2011  
Stowasser  
Obersekretär  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert, den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Thomsen und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Maidowski und Dr. von der Weiden

für Recht erkannt:

Die Urteile des Niedersächsischen Obergerichts vom 9. November 2010 und des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 10. September 2008 sowie der Bescheid der Beklagten vom 22. Mai 2006 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 21. September 2006 werden aufgehoben. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für November und Dezember 2005 den Differenzbetrag zur Wechselschichtzulage in Höhe von monatlich jeweils 20,45 € zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger ist Kriminaloberkommissar im Dienst des Landes Niedersachsen. Er ist im Polizeikommissariat B. im Wechselschichtdienst tätig und erhält regelmäßig die Wechselschichtzulage, die neben der Polizeizulage nur anteilig, im Jahr 2005 in Höhe von 50 %, gewährt wird.
- 2 Für die Monate November und Dezember 2005 zahlte die Beklagte dem Kläger nur 50 % der Schichtzulage (30,68 € monatlich) an Stelle von 50 % der Wechselschichtzulage (51,13 € monatlich), weil er wegen Erholungsurlaubs, Teilnahme an einer Fortbildungsveranstaltung und Krankheit im jeweiligen Berechnungszeitraum nicht das Nachtschichtpensum absolviert hatte, das für die Ge-

währung der Wechselschichtzulage erforderlich ist. Der Kläger macht geltend, die im Schichtplan vorgesehenen, aber aus den genannten Gründen ausgefallenen Nachtschichten müssten bei der Berechnung des Pensums berücksichtigt werden. Widerspruch, Klage und Berufung sind erfolglos geblieben. In dem Berufungsurteil heißt es im Wesentlichen:

- 3 Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 EZuIV erhielten die ständig im Wechselschichtdienst eingesetzten Beamten die monatlich zu zahlende Wechselschichtzulage, wenn sie in einem Zeitraum von zehn Wochen vor dem Ende des jeweiligen Monats mindestens 80 Dienststunden in der Nachtschicht geleistet hätten. Der Begriff des Leistens sei eindeutig; er schließe die Berücksichtigung von Abwesenheitszeiten aus. Daher blieben Nachtschichten, in denen der Beamte den nach dem Schichtplan vorgesehenen Dienst nicht verrichtet habe, außer Betracht, auch wenn sie wegen einer Unterbrechung im Sinne des § 19 Abs. 1 EZuIV wie Erholungsurlaub, Krankheit oder Fortbildung ausgefallen seien.
  
- 4 Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er beantragt,  
  
die Urteile des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 9. November 2010 und des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 10. September 2008 sowie der Bescheid der Beklagten vom 22. Mai 2006 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 21. September 2006 werden aufgehoben. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für November und Dezember 2005 den Differenzbetrag zur Wechselschichtzulage in Höhe von monatlich jeweils 20,45 € zu zahlen.
  
- 5 Die Beklagte beantragt,  
  
die Revision zurückzuweisen.
  
- 6 Der Vertreter des Bundesinteresses trägt vor, das Bundesministerium des Innern teile die Rechtsauffassung des Klägers.

II

- 7 Die Revision des Klägers ist begründet. Das Berufungsurteil des Oberverwaltungsgerichts verstößt gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), nämlich gegen § 20 Abs. 1 Satz 1, § 19 Abs. 1 der Erschwerniszulagenverordnung - EZuIV - in der hier anwendbaren Fassung der Bekanntmachung vom 3. Dezember 1998 (BGBl I S. 3497), geändert durch Art. 3 Nr. 9 Buchst. a der Verordnung vom 8. August 2002 (BGBl I S. 3177). Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1, § 19 Abs. 1 EZuIV stehen dem Kläger auch für November und Dezember 2005 jeweils 50 % der Wechselschichtzulage zu.
- 8 Im hier maßgebenden Jahr 2005 galt die aufgrund von § 47 Satz 1 BBesG erlassene Erschwerniszulagenverordnung noch unmittelbar für die Beamten der Länder. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das gesamte Beamtenbesoldungsrecht nach Art. 74a Abs. 1 GG wurde durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl S. 2034) mit Wirkung zum 1. September 2006 abgeschafft. Seitdem gilt das Besoldungsrecht des Bundes für die Beamten der Länder nach Maßgabe des Art. 125a Abs. 1 GG vorläufig fort, bis es durch Landesrecht ersetzt wird.
- 9 1. Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 EZuIV ist der Anspruch eines Beamten auf die Gewährung der monatlich zu zahlenden Wechselschichtzulage von 102,26 € an zwei Voraussetzungen geknüpft: Zum einen muss der Beamte ständig im Wechselschichtdienst eingesetzt sein. Zum anderen muss er in je fünf Wochen durchschnittlich mindestens 40 Dienststunden in der dienstplanmäßigen oder betriebsüblichen Nachtschicht leisten. Nach § 20 Abs. 4 Satz 1 EZuIV in der 2005 geltenden Fassung waren nur 50 % der Zulage zu zahlen, wenn für denselben Zeitraum Anspruch auf die Stellenzulage nach Nr. 9 der Vorbemerkungen zu den Bundesbesoldungsordnungen A und B des Bundesbesoldungsgesetzes (Polizeizulage) bestand. Der Kläger hat diese Kürzung nicht in Frage gestellt, vielmehr seinen Klageantrag darauf beschränkt, die Beklagte zur Zahlung von 50 % der Wechselschichtzulage zu verpflichten.

- 10 Nach der Begriffsbestimmung des Satzes 1 des § 20 Abs. 1 EZuIV sind Wechselschichten wechselnde Arbeitsschichten, in denen ununterbrochen bei Tag und Nacht, werktags, sonntags und feiertags gearbeitet wird. Die im Schichtplan vorgesehenen Schichten mit unterschiedlichem Dienstbeginn und Diensteende (Früh-, Spät- und Nachtschicht) müssen „rund um die Uhr“ jeden Tag ohne zeitliche Unterbrechung abdecken. Der Beamte wird im Wechselschichtdienst eingesetzt, wenn er seinen Dienst regelmäßig, d.h. nicht bedarfsorientiert, nach den Vorgaben des Schichtplans abwechselnd in den verschiedenen Schichten verrichtet. Seine Dienstzeiten müssen sich regelmäßig ändern. Eine gleichgewichtige Heranziehung zu den verschiedenen Schichten ist nicht erforderlich.
  
- 11 Die in § 20 Abs. 1 Satz 1 EZuIV zur Bestimmung des erforderlichen Nachtschichtpensums gebrauchte Formulierung „in je fünf Wochen durchschnittlich mindestens 40 Dienststunden in der dienstplanmäßigen oder betriebsüblichen Nachtschicht“ ist nach der Rechtsprechung des Senats dahingehend zu verstehen, dass der ständig im Wechselschichtdienst eingesetzte Beamte in einem Berechnungszeitraum von zehn Wochen mindestens 80 Nachtschichtstunden aufweisen muss (Urteil vom 11. Dezember 1997 - BVerwG 2 C 36.96 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 19 S. 27). Eine Nachtschicht liegt vor, wenn die Schicht überwiegend in die Zeit zwischen 20 Uhr und 6 Uhr fällt (vgl. Leihkauff, in: Schwegmann/Summer, Besoldungsrecht des Bundes und der Länder, Bd. I, Stand: Juli 2011, A IV/6.1, § 20 EZuIV Rn. 8).
  
- 12 Endpunkt dieses Berechnungszeitraums ist der letzte Tag des Monats, für den die Wechselschichtzulage gewährt werden soll. Die zehn Wochen vor diesem Tag bilden den zeitlichen Rahmen für die Berechnung des erforderlichen Nachtschichtpensums. Daher erwirbt ein Beamter mit Beginn des ständigen Einsatzes im Wechselschichtdienst (§ 18 Abs. 1 EZuIV) den Anspruch auf die Wechselschichtzulage für den jeweiligen Monat, wenn ihm in den zehn Wochen vor dem Monatsende mindestens 80 Nachtschichtstunden gutzuschreiben sind. Da dieser zurückliegende Zeitraum für die beiden ersten Monate des ständigen Einsatzes im Wechselschichtdienst für eine Berechnung nicht zur Verfügung steht, muss das Nachtschichtpensum, das der Beamte in diesen Monaten ab-

solviert hat, auf zehn Wochen hochgerechnet werden. Erreicht der Beamte den nach § 20 Abs. 1 Satz 1 EZuIV erforderlichen Nachtschichtanteil im Berechnungszeitraum nicht, kommt für den jeweiligen Monat die Gewährung einer niedrigeren Schichtzulage nach § 20 Abs. 2 EZuIV in Betracht.

- 13 Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hat der ständig im Wechselschichtdienst eingesetzte Kläger in den zehn Wochen vor dem 30. November und dem 31. Dezember 2005 jeweils weniger als 80 Stunden in der Nachtschicht Dienst getan. Dies ist darauf zurückzuführen, dass er wegen Erholungsurlaubs, Teilnahme an einer Fortbildungsveranstaltung und Krankheit gehindert war, in den Berechnungszeiträumen alle im Schichtplan vorgesehenen Nachtschichten zu absolvieren.
- 14 2. Dennoch steht dem Kläger für November und Dezember 2005 jeweils ein Anspruch auf Zahlung von 50 % der Wechselschichtzulage zu, weil die ausgefallenen Nachtschichten nach § 19 Abs. 1 Satz 1 und 2 EZuIV in die Berechnung des Nachtschichtpensums nach § 20 Abs. 1 Satz 1 EZuIV einfließen. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts hat der Kläger bei Berücksichtigung der Abwesenheitszeiten die Grenze von 80 Nachtschichtstunden in den zehn Wochen, die dem 30. November und dem 31. Dezember 2005 vorausgegangen sind, jeweils überschritten.
- 15 Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 EZuIV wird die Zulage bei einer Unterbrechung der zulageberechtigenden Tätigkeit unter anderem weitergewährt im Falle eines Erholungsurlaubs (Nr. 1), einer Erkrankung (Nr. 3) oder einer Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen (Nr. 5), soweit in den §§ 20 bis 26 nichts anderes bestimmt ist. Nach Satz 2 wird die Zulage in den Fällen der Nummern 2 bis 6 nur bis zum Ende des Monats weiter gewährt, der auf den Eintritt der Unterbrechung folgt.
- 16 Die in Satz 1 gebrauchte Formulierung, die Zulage werde bei einer Unterbrechung „weitergewährt“, kann nur im Sinne von Weiterzahlen verstanden werden. Ansonsten käme der Unterbrechungsregelung des § 19 Abs. 1 EZuIV neben den einzelnen Zulagebestandteilen der §§ 20 bis 26 EZuIV keine Bedeu-

tung zu. Diese Regelung soll verhindern, dass das berechnete Fernbleiben vom Dienst aus einem der in § 19 Abs. 1 Satz 1 EZuV genannten Gründe Nachteile für die Gewährung der Zulage zur Folge hat. Der Beamte soll die Zulage trotz der Unterbrechung der dienstlichen Tätigkeit erhalten. Diesem Verschlechterungsverbot kann nur Rechnung getragen werden, wenn er in Bezug auf die Zulage so gestellt wird, als habe er während der Unterbrechungszeiten Dienst geleistet. Diese Zeiten müssen in den Grenzen des § 19 Abs. 1 Satz 2 EZuV wie absolvierte Dienstzeiten behandelt werden.

- 17 Nach dem Wortlaut des Satzes 1 gilt dies nicht, wenn in den Zulagetatbeständen der §§ 20 bis 26 EZuV etwas anderes bestimmt ist. Eine derartige andere Bestimmung ist nur anzunehmen, wenn ein Zulagetatbestand die Geltung des § 19 EZuV ausdrücklich, d.h. unter Verweis oder Bezugnahme auf diese Vorschrift, ausschließt (vgl. auch Leihkauff, a.a.O. § 20 EZuV Rn. 26.3). Dieses restriktive Begriffsverständnis mit der Folge eines grundsätzlich umfassenden Geltungsanspruchs des § 19 EZuV für alle Erschwerniszulagen der §§ 20 bis 26 EZuV ergibt sich aus der systematischen Stellung und dem Regelungsgehalt des § 19 EZuV, der Ausschlussregelung des § 22a Abs. 3 Satz 3 EZuV sowie aus Zweck und Zielsetzung der §§ 20 bis 26 EZuV.
- 18 Die Bedeutung des § 19 Abs. 1 EZuV als allgemeine Regelung des 3. Abschnitts der Verordnung wird aus der Stellung am Beginn dieses Abschnitts und aus ihrem Regelungsgehalt deutlich. Die Vorschrift ist den Zulagetatbeständen des 3. Abschnitts (§§ 20 bis 26 EZuV) vorangestellt. Diese Erschwerniszulagen sind unabhängig von den jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen Regelungsgegenstand des § 19 Abs. 1 EZuV. Die Vorschrift bezieht sich inhaltlich auf die nachfolgenden Zulagetatbestände der §§ 20 bis 26 EZuV, indem sie sie um eine Regelung für Zeiten der Unterbrechung der zulageberechtigenden dienstlichen Tätigkeit ergänzt. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass § 19 EZuV für die anderen, nicht im 3. Abschnitt aufgeführten Erschwerniszulagen nicht gilt.
- 19 Der umfassende Geltungsanspruch des § 19 Abs. 1 EZuV für die Zulagetatbestände der §§ 20 bis 26 EZuV wird durch § 22a Abs. 3 Satz 3 EZuV belegt. Danach findet § 19 EZuV auf die Erschwerniszulage für Polizeivollzugsbeamte

als fliegendes Personal keine Anwendung. Daraus kann geschlossen werden, dass es einer ausdrücklichen Anordnung bedarf, um die Anwendung des § 19 EZuIV auf einen Zulagetatbestand auszuschließen.

- 20 Hierfür sprechen auch Zweck und Zielsetzung der Erschwerniszulagen der §§ 20 bis 26 EZuIV. Diese Zulagen werden in festen Monatsbeträgen gezahlt, weil sie Erschwernisse im Sinne des § 47 Satz 1 BBesG pauschal abgelten, die nach der Einschätzung des Verordnungsgebers bei der dienstlichen Tätigkeit typischerweise wiederkehrend auftreten (BRDrucks 187/98 S. 19; vgl. Leihkauff, a.a.O. § 19 EZuIV, Rn. 1). Ihre Gewährung hängt von der Wahrnehmung eines bestimmten Dienstpostens, d.h. von den Aufgaben des Amtes des Beamten im konkret-funktionellen Sinne, ab. Der Dienstposten muss entweder durch Aufgaben, deren Erfüllung typischerweise mit außergewöhnlichen Schwierigkeiten oder Härten verbunden ist, oder durch besonders schwierige Arbeitsbedingungen gekennzeichnet sein.
- 21 Dieser Anknüpfung an den Dienstposten entspricht, dass die von den Erschwerniszulagen des 3. Abschnitts abgegoltenen dienstlichen Belastungen typischerweise im Lauf der Zeit zunehmen und dauerhaft auftreten. So tragen die Schichtzulagen nach § 20 Abs. 1 und 2 EZuIV den gesundheitlichen und sozialen Auswirkungen des Schichtdienstes Rechnung. Der regelmäßige Wechsel der Arbeitszeiten zwingt zu einer permanenten Umstellung des Lebensrhythmus, die insbesondere beim Wechselschichtdienst mit erheblichen Nachtschichtanteilen erfahrungsgemäß zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen führt und sich besonders nachteilig auf die Lebensgestaltung auswirkt. Es kann als gesicherte arbeitsmedizinische Erkenntnis gelten, dass eine Anpassung oder Gewöhnung an den unregelmäßigen Lebensrhythmus nicht vollständig möglich ist und regelmäßige Nachtarbeit typischerweise vegetative Störungen, Krankheiten der Kreislauforgane sowie Schlafstörungen zur Folge hat (Urteile vom 25. Januar 2007 - BVerwG 2 C 28.05 - Buchholz 237.8 § 208 RhPLBG Nr. 1 Rn. 39 und vom 26. März 2009 - BVerwG 2 C 12.08 - Buchholz 240 § 47 BBesG Nr. 11 Rn. 8).



- 22 Mit dem Zweck der Erschwerniszulagen des 3. Abschnitts als Abgeltung dauerhaft auftretender dienstlicher Belastungen lässt sich nicht vereinbaren, die Zulagen wegen einer Unterbrechung im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 EZuIV vorübergehend nicht zu zahlen. Diese regelmäßig kurzzeitigen Unterbrechungen sind nicht geeignet, die dauerhaften Belastungen der Dienstausbübung zu beseitigen oder spürbar zu vermindern. Dies gilt in besonderem Maß für die typischen Belastungen des ständigen Wechselschichtdienstes. Sie wirken sich bei Beamten, die diesen Dienst ständig leisten, auch dann aus, wenn sie das erforderliche Nachtschichtpensum wegen Unterbrechungen des Dienstes in einzelnen Berechnungszeiträumen nicht absolvieren (so auch BAG, Urteil vom 24. März 2010 - 10 AZR 58/09 - NZA 2010, 958 Rn. 32 <tarifliche Zulage für ständige Wechselschichtarbeit>). Längeren Unterbrechungen trägt die zeitliche Grenze des § 19 Abs. 1 Satz 2 EZuIV für die Weitergewährung der Zulage Rechnung.
- 23 Die Erschwerniszulagen der §§ 20 bis 26 EZuIV sind nach Zweck und Zielsetzung den Stellenzulagen im Sinne des § 42 Abs.1 Satz 1 BBesG vergleichbar. Für Stellenzulagen ist anerkannt, dass die Verknüpfung mit einem Dienstposten mit herausgehobenen Funktionen ihre Zahlung rechtfertigt, solange der Beamte diesen Dienstposten innehat. Die Zulagen werden bei rechtlich anerkannten Unterbrechungen der dienstlichen Tätigkeit, etwa wegen Erholungsurlaubs, Krankheit oder Fortbildung, weitergezahlt, ohne dass dies einer normativen Regelung bedarf (Urteile vom 6. April 1989 - BVerwG 2 C 10.87 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 3 S. 8 f., vom 18. April 1991 - BVerwG 2 C 31.90 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 4 S. 11 und vom 24. August 1995 - BVerwG 2 C 1.95 - Buchholz 240.1 BBesO Nr. 16 S. 15 f.).
- 24 Nach alledem kann aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 1 Satz 1 EZuIV, wonach die Beamten die Wechselschichtzulage erhalten, wenn sie das erforderliche Nachtschichtpensum leisten, nicht geschlossen werden, § 19 Abs. 1 EZuIV finde auf die Gewährung der Wechselschichtzulage keine Anwendung. Der Begriff des Leistens schließt die Weitergewährung dieser Zulage in Fällen von Unterbrechungen der dienstlichen Tätigkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 1 EZuIV nicht aus. Da die Anwendung dieser allgemeinen Regelung in § 20 EZuIV nicht

ausdrücklich ausgeschlossen ist, ergänzt sie aufgrund ihres umfassenden Geltungsanspruchs für die Erschwerniszulagen des 3. Abschnitts der Verordnung auch den Tatbestand der Wechselschichtzulage. Daher werden Dienstzeiten in dienstplanmäßigen oder betriebsüblichen Nachtschichten, die ein Beamter aus den in § 19 Abs. 1 EZuV genannten Gründen versäumt, für die Berechnung des erforderlichen Nachtschichtpensums einbezogen, als hätte der Beamte Dienst verrichtet.

- 25 Nichts anderes folgt aus der Normierung verschiedener Schichtzulagen mit unterschiedlich hohen Monatsbeträgen nach § 20 Abs. 1 und 2 EZuV. Diese Abstufungen tragen dem unterschiedlichen Ausmaß der dauerhaften Belastungen Rechnung, die bei ständigem Dienst in den verschiedenen Schichtsystemen typischerweise zu erwarten sind. Es sind keine normativen Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass für die Schichtzulagen ein anderes Regelungskonzept gelten soll als für die übrigen Zulagen nach §§ 20 bis 26 EZuV. Daher ergänzt § 19 Abs. 1 EZuV jeden Schichtzulagentatbestand, indem er Unterbrechungszeiten den Zeiten der Dienstleistung gleichstellt.
- 26 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Herbert

Dr. Heitz

Thomsen

Dr. Maidowski

Dr. von der Weiden

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Beamtenbesoldungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

BBesG §§ 42, 47

EZuIV §§19, 20 Abs. 1, 2 und 4, § 22a Abs. 3

Stichworte:

Erschwerniszulagen; Wechselschichtzulage; Wechselschichten; Schichtplan; Nachtschichtpensum; Berechnungszeitraum für das Nachtschichtpensum; pauschale Abgeltung dienstlicher Erschwernisse; gesundheitliche und soziale Folgen des ständigen Wechselschichtdienstes; Stellenzulagen; Berücksichtigung von Unterbrechungszeiten; Erholungsurlaub; Krankheit; Fortbildung.

Leitsatz:

Nachtschichten, die der Beamte aus den in § 19 Abs. 1 Satz 1 EZuIV genannten Gründen (Erholungsurlaub, Krankheit oder Fortbildung) nicht absolviert hat, sind bei der Berechnung des Nachtschichtpensums, das nach § 20 Abs. 1 Satz 1 EZuIV für die Gewährung der Wechselschichtzulage erforderlich ist, in dem zeitlichen Rahmen des § 19 Abs. 1 Satz 2 EZuIV wie Dienstzeiten zu berücksichtigen.

Urteil des 2. Senats vom 27. Oktober 2011 - BVerwG 2 C 73.10

I. VG Osnabrück vom 10.09.2008 - VG 3 A 203/06 -

II. OVG Lüneburg vom 09.11.2010 - OVG 5 LC 450/08 -