

TE Vwgh Erkenntnis 2011/1/26 2010/12/0005

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.01.2011

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;
63/02 Gehaltsgesetz;

Norm

BDG 1979 §48;
BDG 1979 §51 Abs2;
GehG 1956 §38 Abs1;
VwGG §42 Abs2 Z1;

1. BDG 1979 § 48 heute
 2. BDG 1979 § 48 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2025
 3. BDG 1979 § 48 gültig von 30.12.2022 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 205/2022
 4. BDG 1979 § 48 gültig von 01.01.2019 bis 29.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2018
 5. BDG 1979 § 48 gültig von 23.12.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2018
 6. BDG 1979 § 48 gültig von 25.05.2018 bis 22.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2018
 7. BDG 1979 § 48 gültig von 28.12.2013 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 210/2013
 8. BDG 1979 § 48 gültig von 01.01.2008 bis 27.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2007
 9. BDG 1979 § 48 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2000
 10. BDG 1979 § 48 gültig von 01.07.1997 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/1997
 11. BDG 1979 § 48 gültig von 01.01.1980 bis 30.06.1997
-
1. BDG 1979 § 51 heute
 2. BDG 1979 § 51 gültig ab 01.01.1980
-
1. VwGG § 42 heute
 2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
 5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
 6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde

der M K in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie vom 25. November 2009, Zl. BMVIT-3.227/0011-I/PR1/2009, betreffend Verwendungsabgeltung nach § 38 GehG, zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde der M K in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie vom 25. November 2009, Zl. BMVIT-3.227/0011-I/PR1/2009, betreffend Verwendungsabgeltung nach Paragraph 38, GehG, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Beschwerdeführerin steht als Oberrätin in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und gehörte bis Ende Mai 2009 dem Planstellenbereich des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend an, wo sie auf einer Planstelle der Verwendungsgruppe A 2, Funktionsgruppe 5, ernannt war.

Mit schriftlicher Erledigung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend vom 26. November 2008 wurde sie gemäß § 39 BDG 1979 "mit Wirksamkeit vom 1. Dezember 2008, für die Dauer von 6 Monaten, dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie zur weiteren Dienstleistung zugeteilt", wo sie mit einem der Verwendungsgruppe A 1, Funktionsgruppe 2, zugeordneten Arbeitsplatz betraut wurde. Mit schriftlicher Erledigung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend vom 26. November 2008 wurde sie gemäß Paragraph 39, BDG 1979 "mit Wirksamkeit vom 1. Dezember 2008, für die Dauer von 6 Monaten, dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie zur weiteren Dienstleistung zugeteilt", wo sie mit einem der Verwendungsgruppe A 1, Funktionsgruppe 2, zugeordneten Arbeitsplatz betraut wurde.

Mit Wirksamkeit vom 1. Juni 2009 erfolgte nach ihrer ressortübergreifenden Versetzung ihre Ernennung auf eine Planstelle der Verwendungsgruppe A1, Funktionsgruppe 2, in dieser Zentralstelle.

In ihrer Eingabe vom 13. Mai 2009, betreffend "Antrag auf weitere Auszahlung der Verwendungsabgeltung gemäß § 38 Gehaltsgesetz (GehG)" brachte sie Folgendes vor (Schreibung im Original): In ihrer Eingabe vom 13. Mai 2009, betreffend "Antrag auf weitere Auszahlung der Verwendungsabgeltung gemäß Paragraph 38, Gehaltsgesetz (GehG)" brachte sie Folgendes vor (Schreibung im Original):

"Ich beziehe mich auf die mit GZ BMVIT... übermittelte Monatsabrechnung für den Monat Mai 2009, mit welcher mir die Verwendungsabgeltung für die Monate Jänner-Mai 2009 (Jänner aliquot) überwiesen wurde und beantrage die weitere Auszahlung der Verwendungsabgeltung gemäß § 38 GehG für den Zeitraum 1.12.2008- 5.1.2009 beziehungsweise um bescheidmäßige Erledigung, sofern meinem Antrag nicht stattgegeben wird." Ich beziehe mich auf die mit GZ BMVIT... übermittelte Monatsabrechnung für den Monat Mai 2009, mit welcher mir die Verwendungsabgeltung für die Monate Jänner-Mai 2009 (Jänner aliquot) überwiesen wurde und beantrage die weitere Auszahlung der Verwendungsabgeltung gemäß Paragraph 38, GehG für den Zeitraum 1.12.2008- 5.1.2009 beziehungsweise um bescheidmäßige Erledigung, sofern meinem Antrag nicht stattgegeben wird.

Ich wurde mit 1.12.2008 für die Dauer von 6 Monaten dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, Abteilung II/ST5, zur weiteren Dienstleistung zugeteilt. Ich bin in der Verwendungsgruppe A2/5 eingestuft, verrichte im Rahmen der Dienstzuteilung seit 1.12.2008 ständig (also ohne Unterbrechung) Tätigkeiten eines Arbeitsplatzes der Verwendungsgruppe A1/2, was bedeutet, dass meine tatsächliche Funktionsausübung mit diesem Tag zu laufen begonnen hat.

§ 38 Abs. 1 GehG normiert, dass einem Beamten des Allgemeinen Verwaltungsdienstes, der vorübergehend, aber durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage auf einem Arbeitsplatz einer höheren Verwendungsgruppe verwendet wird, ohne in die betreffende Verwendungsgruppe ernannt zu sein, hierfür eine nicht ruhegenußfähige Verwendungsabgeltung gebührt. Als eine vorübergehende Verwendung gelten insbesondere Tätigkeiten, die vertretungsweise oder im Zuge einer provisorischen Betrauung oder einer Dienstzuteilung ausgeübt werden.

Paragraph 38, Absatz eins, GehG normiert, dass einem Beamten des Allgemeinen Verwaltungsdienstes, der vorübergehend, aber durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage auf einem Arbeitsplatz einer höheren Verwendungsgruppe verwendet wird, ohne in die betreffende Verwendungsgruppe ernannt zu sein, hierfür eine nicht ruhegenußfähige Verwendungsabgeltung gebührt. Als eine vorübergehende Verwendung gelten insbesondere Tätigkeiten, die vertretungsweise oder im Zuge einer provisorischen Betrauung oder einer Dienstzuteilung ausgeübt werden.

Gemäß § 38 Abs. 2 GehG beginnt die Frist von 29 Kalendertagen mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung nach Abs. 1 zu laufen. Gemäß Paragraph 38, Absatz 2, GehG beginnt die Frist von 29 Kalendertagen mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung nach Absatz eins, zu laufen.

Da der gegenständliche Anspruch nach 29 aufeinanderfolgenden Kalendertagen - die durch arbeitsfreie Tage wie Wochenenden nicht unterbrochen werden - gebührt, können auch arbeitsfreie Tage wie Erholungsurlaub und Zeitausgleich die erforderliche Frist (29 aufeinanderfolgende Kalendertage) für die Zuerkennung des Anspruchs auf Verwendungsabgeltung in voller Höhe ab 1.12.2008 nicht hemmen."

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag vom 13. Mai 2009 auf Auszahlung einer Verwendungsabgeltung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis 5. Jänner 2009 gemäß § 38 Abs. 1 GehG ab. Begründend führte sie hiezu aus: Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag vom 13. Mai 2009 auf Auszahlung einer Verwendungsabgeltung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis 5. Jänner 2009 gemäß Paragraph 38, Absatz eins, GehG ab. Begründend führte sie hiezu aus:

"Sie wurden mit Wirksamkeit vom 1. Dezember 2008 vom Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend dem ho. Ressort gemäß § 39 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 auf die Dauer von sechs Monaten zur Dienstleistung zugeteilt und wurden in der Abteilung II/ST 5 - Rechtsbereich Straßenverkehr mit einem Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe A 1, Funktionsgruppe 2, betraut. Ihre Übernahme in den Planstellenbereich des bmvit erfolgte mit Wirksamkeit vom 1. Juni 2009 unter Ernennung auf eine Planstelle der Verwendungsgruppe A 1, Funktionsgruppe 2." Sie wurden mit Wirksamkeit vom 1. Dezember 2008 vom Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend dem ho. Ressort gemäß Paragraph 39, des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 auf die Dauer von sechs Monaten zur Dienstleistung zugeteilt und wurden in der Abteilung II/ST 5 - Rechtsbereich Straßenverkehr mit einem Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe A 1, Funktionsgruppe 2, betraut. Ihre Übernahme in den Planstellenbereich des bmvit erfolgte mit Wirksamkeit vom 1. Juni 2009 unter Ernennung auf eine Planstelle der Verwendungsgruppe A 1, Funktionsgruppe 2.

Zum 1. Dezember 2008 hatten Sie die dienst- und besoldungsrechtliche Stellung der Verwendungsgruppe A 2, Funktionsgruppe 5, Gehaltsstufe 13, mit nächster Vorrückung am 1. Jänner 2011 inne.

Gemäß § 38 Abs. 1 GehG gebührt dem Beamten, der vorübergehend, aber durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage auf einem Arbeitsplatz einer höheren Verwendungsgruppe verwendet wird, ohne in die betreffende Verwendungsgruppe ernannt zu sein, eine nicht ruhegenussfähige Verwendungsabgeltung. Als vorübergehende Verwendung gelten insbesondere Tätigkeiten, die vertretungsweise oder im Zuge einer provisorischen Betrauung oder einer Dienstzuteilung ausgeübt werden. Gemäß Paragraph 38, Absatz eins, GehG gebührt dem Beamten, der vorübergehend, aber durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage auf einem Arbeitsplatz einer höheren Verwendungsgruppe verwendet wird, ohne in die betreffende Verwendungsgruppe ernannt zu sein, eine nicht ruhegenussfähige Verwendungsabgeltung. Als vorübergehende Verwendung gelten insbesondere Tätigkeiten, die vertretungsweise oder im Zuge einer provisorischen Betrauung oder einer Dienstzuteilung ausgeübt werden.

Die Frist von 29 Kalendertagen beginnt gemäß § 38 Abs. 2 leg. cit. mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung nach Abs. 1 zu laufen. Die Frist von 29 Kalendertagen beginnt gemäß Paragraph 38, Absatz 2, leg. cit. mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung nach Absatz eins, zu laufen.

Eine analoge Regelung besteht in § 37 leg. cit. in Bezug auf den Anspruch auf Funktionsabgeltung. Eine analoge Regelung besteht in Paragraph 37, leg. cit. in Bezug auf den Anspruch auf Funktionsabgeltung.

Sie haben im Rahmen Ihrer Dienstzuteilung den Dienst in der ho. Abteilung ST 5 am 1. Dezember 2008 angetreten. Am 22., 23. und 29. Dezember 2008 nahmen Sie Zeitausgleich in Anspruch und befanden sich in weiterer Folge am 2. und 5. Jänner 2009 jeweils auf Urlaub.

Für die Entstehung des Anspruchs auf Anweisung der Verwendungsabgeltung ist jedoch die Ausübung der anspruchsbegründenden Funktion durchgehend an 29 aufeinanderfolgenden Kalendertagen erforderlich. Durch Ihre Abwesenheit vom Dienst ab dem 22. Kalendertag bis zum

36. Kalendertag (Arbeitstage am 22., 23. und 29. Dezember 2008 sowie am 2. und 5. Jänner 2009) ab dem Beginn Ihrer tatsächlichen Funktionsausübung wird diese 29-tägige Frist allerdings unterbrochen, wodurch eine Hemmung eintritt. Erst mit dem Ihrer Abwesenheit vom Dienst folgenden Kalendertag, sohin dem 6. Jänner 2009, beginnt die Frist neuerlich zu laufen.

Ab diesem Zeitpunkt versahen Sie durchgehend 29 Kalendertage, somit bis einschließlich 3. Februar 2009, durchgehend Dienst. Da Sie somit keine weiteren Dienstabwesenheiten aufwiesen, war die Frist von 29 Kalendertagen mit 3. Februar 2009 erfüllt und gebührte Ihnen somit - bereits rückwirkend ab 6. Jänner 2009 - eine Verwendungsabgeltung in der Höhe eines Vorrückungsbetrages. Eine gleichfalls gemäß § 37 leg. cit. gebührende Funktionsabgeltung nach A 1/2 kam allerdings aufgrund der betragsmäßig gleichen Höhe der Funktionszulagen in A 2/5 und A 1/2, Stufe 2, nicht zum Tragen. Ab diesem Zeitpunkt versahen Sie durchgehend 29 Kalendertage, somit bis einschließlich 3. Februar 2009, durchgehend Dienst. Da Sie somit keine weiteren Dienstabwesenheiten aufwiesen, war die Frist von 29 Kalendertagen mit 3. Februar 2009 erfüllt und gebührte Ihnen somit - bereits rückwirkend ab 6. Jänner 2009 - eine Verwendungsabgeltung in der Höhe eines Vorrückungsbetrages. Eine gleichfalls gemäß Paragraph 37, leg. cit. gebührende Funktionsabgeltung nach A 1/2 kam allerdings aufgrund der betragsmäßig gleichen Höhe der Funktionszulagen in A 2/5 und A 1/2, Stufe 2, nicht zum Tragen.

Es wurde Ihnen somit die Verwendungsabgeltung nach A 1 ab 1. Februar 2009 in der Höhe von monatlich EUR 145,8 zur Anweisung gebracht. Für den Monat Jänner 2009 erfolgte gemäß § 38 Abs. 8 leg. cit. die Anweisung des verhältnismäßigen Teils der Verwendungsabgeltung für die Zeit vom 6. bis 31. Jänner 2009. Es wurde Ihnen somit die Verwendungsabgeltung nach A 1 ab 1. Februar 2009 in der Höhe von monatlich EUR 145,8 zur Anweisung gebracht. Für den Monat Jänner 2009 erfolgte gemäß Paragraph 38, Absatz 8, leg. cit. die Anweisung des verhältnismäßigen Teils der Verwendungsabgeltung für die Zeit vom 6. bis 31. Jänner 2009.

Mit Schreiben vom 13. Mai 2009, ho. eingelangt am 15. Mai 2009, beantragten Sie die Auszahlung der Verwendungsabgeltung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis 5. Jänner 2009 bzw. die bescheidmäßige Erledigung, sollte Ihrem Antrag nicht stattgegeben werden.

Wie oben ausgeführt, ist Voraussetzung für den Anspruch auf Verwendungsabgeltung die durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage vorübergehende - so auch im Rahmen einer Dienstzuteilung - Verwendung auf einem Arbeitsplatz, der einer höheren Verwendungsgruppe zugeordnet ist, wobei diese Frist mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung zu laufen beginnt.

Sie haben unbestritten am 1. Dezember 2008 Ihren Dienst im bmvt angetreten und Ihre Tätigkeit in der Abteilung ST 5 durchgehend bis zum 19. Dezember 2008 wahrgenommen. Wie aus Ihrer Gleitzeitliste zu entnehmen ist, haben Sie die nächsten beiden darauffolgenden Arbeitstage, 22. und 23. Dezember 2008, Zeitausgleich in Anspruch genommen, ebenso wie an dem nächsten darauffolgenden Arbeitstag, dem 29. Dezember 2008; am 30. Dezember 2008 konsumierten Sie Erholungsurlaub.

Dies entspricht nun einer durchgehenden Funktionsausübung von insgesamt 21 Kalendertagen. Die für den Anspruch auf Verwendungsabgeltung vorausgesetzte Frist von 29 durchgehenden Kalendertagen Verwendung auf dem höherwertigen Arbeitsplatz wäre jedoch erst mit 29. Dezember 2008 vollendet gewesen. Hätten Sie bis dahin keine Abwesenheit vom Dienst aufgewiesen, wäre der Anspruch auf Verwendungsabgeltung bereits rückwirkend mit 1. Dezember 2008 entstanden.

Durch Ihre Abwesenheit vom Dienst ab 22. Dezember 2008 ist allerdings die Frist von 29 Kalendertagen unzweifelhaft unterbrochen worden und wurde der Anspruch auf Verwendungsabgeltung um jene Arbeitstage, an denen Sie vom Dienst abwesend waren, gehemmt. Sie haben an diesen in Rede stehenden Arbeitstagen die höherwertige Tätigkeit nicht verrichtet; darüber hinaus haben Sie den Freizeitausgleich aus Ihrer Verwendung im abgebenden Ressort übertragen; diese Tätigkeit war allerdings Ihrer derzeitigen Verwendung nicht gleichwertig, sodass nach Ansicht der Dienstbehörde auch diesbezüglich nicht dahingehend argumentiert werden könnte, die Abwesenheit wäre gleichsam durch die vorherige Einarbeitung kompensiert.

Ihre Argumentation, die 29-tägige Frist würde durch arbeitsfreie Tage wie Wochenenden nicht unterbrochen werden und könnten somit auch arbeitsfreie Tage wie Erholungsurlaub und Zeitausgleich die erforderliche Frist von 29 aufeinanderfolgenden Kalendertagen für die Zuerkennung des Anspruchs auf Verwendungsabgeltung in voller Höhe ab 1. Dezember 2008 nicht hemmen, kann aus den obgenannten Gründen nicht gefolgt werden.

Außer Frage steht, dass arbeitsfreie Tage wie Wochenenden und Feiertage bzw. im Schicht- und Wechseldienstplan als dienstfrei vorgesehene Tage keine Hemmung der Frist bewirken. Die Wortwahl des Gesetzgebers, wonach ausdrücklich auf 29 aufeinanderfolgende Kalendertage abgestellt wird, lässt allerdings nach h.o. Ansicht keinen anderen Schluss zu, als dass diese Frist - einmalig - für das Entstehen des Anspruchs auf Verwendungsabgeltung jedenfalls erfüllt sein muss. Würde eine tageweise Unterbrechung der Tätigkeit in den ersten 29 Kalendertagen einer Funktionsausübung diese vorgegebene Frist nicht hemmen, wäre der Zusatz 'aufeinanderfolgende' entbehrlich.

Wird nun diese Frist in den ersten 29 aufeinanderfolgenden Kalendertagen durch eine Abwesenheit an einem oder mehreren Arbeitstagen gehemmt, beginnt diese Frist am nächsten der Abwesenheit folgenden Kalendertag neu zu laufen. Bei Vollendung der Frist von 29 Kalendertagen ohne Dienstabwesenheit entsteht somit der Anspruch rückwirkend ab diesem der Abwesenheit vom Dienst folgenden Kalendertag. In weiterer Folge nach Vollendung der 29-tägigen Frist in Anspruch genommene Dienstabwesenheiten wirken nicht mehr anspruchsmindernd, vielmehr gebührt die Verwendungsabgeltung bei Vollendung der 29-tägigen Frist rückwirkend ab dem ersten Tag auf die Dauer der vorübergehenden Höherverwendung.

Da die für den Anspruch auf Verwendungsabgeltung vorausgesetzte Frist der Ausübung der anspruchsbegründenden Verwendung durchgehend während 29 Kalendertagen erst tatsächlich mit 3. Februar 2009 vollendet war, ist Ihr Anspruch auf Verwendungsabgeltung nach A 1 mit Wirksamkeit vom 6. Jänner 2009 entstanden und wurde diese daher ab diesem Zeitpunkt bemessen und angewiesen.

Da die Voraussetzungen für den Anspruch auf Verwendungsabgeltung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis einschließlich 5. Jänner 2009 aus den genannten Gründen nicht erfüllt sind und der maßgebende Sachverhalt damit im Sinne des § 56 AVG klar gegeben ist, war Ihr auf die Anweisung der Verwendungsabgeltung gerichtetes Anbringen abzuweisen und Ihrem Antrag auf Erlassung eines Bescheides entsprechend spruchgemäß zu entscheiden."Da die Voraussetzungen für den Anspruch auf Verwendungsabgeltung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis einschließlich 5. Jänner 2009 aus den genannten Gründen nicht erfüllt sind und der maßgebende Sachverhalt damit im Sinne des Paragraph 56, AVG klar gegeben ist, war Ihr auf die Anweisung der Verwendungsabgeltung gerichtetes Anbringen abzuweisen und Ihrem Antrag auf Erlassung eines Bescheides entsprechend spruchgemäß zu entscheiden."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem "Recht auf Verwendungszulage und Verwendungsabgeltung nach den Bestimmungen des GehG (insbesondere §§ 34 und 39) iVm dem BDG 1979 ... verletzt".Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem "Recht auf Verwendungszulage und Verwendungsabgeltung nach den Bestimmungen des GehG (insbesondere Paragraphen 34, und 39) in Verbindung mit dem BDG 1979 ... verletzt".

Die vorliegende Beschwerde sieht die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides vorweg darin, die belangte Behörde habe darin einen Anspruch auf Verwendungszulage verneinen wollen. Von Anfang an sei eine Dauerverwendung (der Beschwerdeführerin auf einem Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe A 1, Funktionsgruppe 2) ins Auge gefasst gewesen. Bei einem Anspruch auf Verwendungszulage könne es überhaupt keine Frage sein, dass dieser von Anfang an, ohne Rücksicht auf irgendwelche Urlaubstage oder Tage des Freizeitausgleiches, gegeben sei.

Wäre hingegen dem behördlichen Standpunkt entsprechend nur ein Anspruch auf Verwendungsabgeltung gegeben, so wäre es in der Tat richtig, dass zunächst eine Überschreitung der Grenze von 29 Tagen erforderlich sei. Kalendertage, die keine Arbeitstage seien, unterbrächen diesen Zeitverlauf nicht und seien auch nicht

herauszurechnen. Was unbestritten für Feiertage, Samstage und Sonntage gelte, könne im Bezug auf andere arbeitsfreie Tage ebenfalls nicht gelten, soweit keine direkte gesetzliche Anordnung dafür getroffen sei.

Die §§ 34 und 38 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 - GehG, lauten auszugsweise in der Fassung des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBl. Nr. 550: Die Paragraphen 34, und 38 des Gehaltsgesetzes 1956, Bundesgesetzblatt, Nr. 54 - GehG, lauten auszugsweise in der Fassung des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, Bundesgesetzblatt, Nr. 550:

"Verwendungszulage

§ 34. (1) Dem Beamten des Allgemeinen Verwaltungsdienstes gebührt eine ruhegenussfähige Verwendungszulage, wenn er dauernd auf einem einer höherwertigen Verwendungsgruppe zugeordneten Arbeitsplatz verwendet wird, ohne in diese ernannt zu sein. Diese Verwendungszulage beträgt 50% des Betrages, um den das Gehalt des Beamten vom Gehalt derselben Gehaltsstufe der höherwertigen Verwendungsgruppe überschritten wird. Paragraph 34, (1) Dem Beamten des Allgemeinen Verwaltungsdienstes gebührt eine ruhegenussfähige Verwendungszulage, wenn er dauernd auf einem einer höherwertigen Verwendungsgruppe zugeordneten Arbeitsplatz verwendet wird, ohne in diese ernannt zu sein. Diese Verwendungszulage beträgt 50% des Betrages, um den das Gehalt des Beamten vom Gehalt derselben Gehaltsstufe der höherwertigen Verwendungsgruppe überschritten wird.

...

Verwendungsabgeltung

§ 38. (1) Wird ein Beamter des Allgemeinen Verwaltungsdienstes vorübergehend, aber durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage auf einem Arbeitsplatz einer höheren Verwendungsgruppe verwendet, ohne in die betreffende Verwendungsgruppe ernannt zu sein, so gebührt ihm hiefür eine nicht ruhegenussfähige Verwendungsabgeltung. Als eine vorübergehende Verwendung gelten insbesondere Tätigkeiten, die vertretungsweise oder im Zuge einer provisorischen Betrauung oder einer Dienstzuteilung ausgeübt werden. Paragraph 38, (1) Wird ein Beamter des Allgemeinen Verwaltungsdienstes vorübergehend, aber durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage auf einem Arbeitsplatz einer höheren Verwendungsgruppe verwendet, ohne in die betreffende Verwendungsgruppe ernannt zu sein, so gebührt ihm hiefür eine nicht ruhegenussfähige Verwendungsabgeltung. Als eine vorübergehende Verwendung gelten insbesondere Tätigkeiten, die vertretungsweise oder im Zuge einer provisorischen Betrauung oder einer Dienstzuteilung ausgeübt werden.

1. (2) Absatz 2, Die Frist von 29 Kalendertagen beginnt mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung nach Abs. 1 zu laufen. Die Frist von 29 Kalendertagen beginnt mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung nach Absatz eins, zu laufen.

..."

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Eingabe vom 13. Mai 2009 ausdrücklich die Liquidierung, in eventu die bescheidmäßige Absprache über die Gebührlichkeit einer Verwendungsabgeltung nach § 38 GehG für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis 5. Jänner 2009 begehrt. In Erledigung dieses Begehrens hat der angefochtene Bescheid diesen Antrag "auf Auszahlung einer Verwendungsabgeltung" abgewiesen - und, wie der eingangs wiedergegebenen Begründung dieses Bescheides zu entnehmen ist, die Gebührlichkeit einer Verwendungsabgeltung für den antragsgegenständlichen Zeitraum verneint. Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Eingabe vom 13. Mai 2009 ausdrücklich die Liquidierung, in eventu die bescheidmäßige Absprache über die Gebührlichkeit einer Verwendungsabgeltung nach Paragraph 38, GehG für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis 5. Jänner 2009 begehrt. In Erledigung dieses Begehrens hat der angefochtene Bescheid diesen Antrag "auf Auszahlung einer Verwendungsabgeltung" abgewiesen - und, wie der eingangs wiedergegebenen Begründung dieses Bescheides zu entnehmen ist, die Gebührlichkeit einer Verwendungsabgeltung für den antragsgegenständlichen Zeitraum verneint.

Schon in Anbetracht der eindeutigen Wortwahl des angefochtenen Bescheides kann diesem keine normative Bedeutung im Hinblick auf einen allfälligen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Verwendungszulage beigemessen werden, sodass das Beschwerdevorbringen insofern ins Leere geht, als es sich gegen eine Versagung einer Verwendungszulage wendet.

Die belangte Behörde gründete die Versagung einer Verwendungsabgeltung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis 5. Jänner 2009 zusammengefasst darauf, dass Tage, an denen die Beschwerdeführerin wegen Urlaubes und wegen

der Inanspruchnahme von Zeitausgleich - von Zeitguthaben aus ihrer Verwendung vor Beginn der höherwertigen Verwendung - nicht in die Frist von (mindestens) 29 aufeinanderfolgenden Kalendertagen im Sinn des § 38 Abs. 1 GehG einzurechnen sei. Die belangte Behörde gründete die Versagung einer Verwendungsabgeltung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis 5. Jänner 2009 zusammengefasst darauf, dass Tage, an denen die Beschwerdeführerin wegen Urlaubes und wegen der Inanspruchnahme von Zeitausgleich - von Zeitguthaben aus ihrer Verwendung vor Beginn der höherwertigen Verwendung - nicht in die Frist von (mindestens) 29 aufeinanderfolgenden Kalendertagen im Sinn des Paragraph 38, Absatz eins, GehG einzurechnen sei.

§ 38 Abs. 1 erfordert, dass ein Beamter des Allgemeinen Verwaltungsdienstes vorübergehend, aber durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage auf einem Arbeitsplatz einer höheren Verwendungsgruppe verwendet wird, ohne in diese ernannt zu sein. Im vorliegenden Beschwerdefall ist daher die Frage zu beantworten, ob die Tatbestandsmerkmale "durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage" dahingehend auszulegen sind, dass die höherwertige Verwendung - abgesehen von notwendiger Weise in diesen Zeitraum fallenden Wochenenden, allfälligen Feiertagen oder von im Schicht- und Wechseldienst als dienstfrei vorgesehenen Tagen - auch Tage umfassen, an denen der Beamte aus anderen Gründen vom Dienst abwesend ist. Paragraph 38, Absatz eins, erfordert, dass ein Beamter des Allgemeinen Verwaltungsdienstes vorübergehend, aber durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage auf einem Arbeitsplatz einer höheren Verwendungsgruppe verwendet wird, ohne in diese ernannt zu sein. Im vorliegenden Beschwerdefall ist daher die Frage zu beantworten, ob die Tatbestandsmerkmale "durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage" dahingehend auszulegen sind, dass die höherwertige Verwendung - abgesehen von notwendiger Weise in diesen Zeitraum fallenden Wochenenden, allfälligen Feiertagen oder von im Schicht- und Wechseldienst als dienstfrei vorgesehenen Tagen - auch Tage umfassen, an denen der Beamte aus anderen Gründen vom Dienst abwesend ist.

§ 38 Abs. 1 GehG stellt auf die besagte höherwertige Verwendung durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage ab. Damit stellt der Gesetzgeber nicht auf "Arbeitstage" (wie etwa in § 51 Abs. 2 BDG 1979) ab, sondern offensichtlich auf die kalendarisch durchgehend aufeinanderfolgenden Tage, woraus u.a. auch folgt, dass Kalendertage, an denen nach dem Dienstplan (im Sinne des § 48 BDG 1979) keine Verpflichtung zur Dienstleistung besteht, zu den in § 38 Abs. 1 Satz 1 genannten Kalendertagen zählen (und wovon die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auch übereinstimmend ausgehen). Paragraph 38, Absatz eins, GehG stellt auf die besagte höherwertige Verwendung durch mindestens 29 aufeinanderfolgende Kalendertage ab. Damit stellt der Gesetzgeber nicht auf "Arbeitstage" (wie etwa in Paragraph 51, Absatz 2, BDG 1979) ab, sondern offensichtlich auf die kalendarisch durchgehend aufeinanderfolgenden Tage, woraus u.a. auch folgt, dass Kalendertage, an denen nach dem Dienstplan (im Sinne des Paragraph 48, BDG 1979) keine Verpflichtung zur Dienstleistung besteht, zu den in Paragraph 38, Absatz eins, Satz 1 genannten Kalendertagen zählen (und wovon die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens auch übereinstimmend ausgehen).

Daraus folgt, dass Kalendertage, die - etwa infolge der Inanspruchnahme eines Erholungsurlaubes oder eines Zeitausgleiches - für den Beamten keine Arbeitstage darstellen, an der durchgehenden höherwertigen Verwendung nichts ändern und in den Zeitraum nach § 38 Abs. 1 erster Satz GehG einzurechnen sind (zum Begriff der Verwendung im Sinne des 4. Hauptstückes des BDG 1979 vgl. auch die hg. Erkenntnisse vom 5. September 2008, ZI. 2007/12/0160, sowie vom 2. Juli 2009, ZI. 2008/12/0125). Daraus folgt, dass Kalendertage, die - etwa infolge der Inanspruchnahme eines Erholungsurlaubes oder eines Zeitausgleiches - für den Beamten keine Arbeitstage darstellen, an der durchgehenden höherwertigen Verwendung nichts ändern und in den Zeitraum nach Paragraph 38, Absatz eins, erster Satz GehG einzurechnen sind (zum Begriff der Verwendung im Sinne des 4. Hauptstückes des BDG 1979 vergleiche , auch die hg. Erkenntnisse vom 5. September 2008, ZI. 2007/12/0160, sowie vom 2. Juli 2009, ZI. 2008/12/0125).

Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit § 38 Abs. 2 GehG, wonach die Frist von 29 Kalendertagen mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung nach Abs. 1 beginnt. Würde man unter "Kalendertage" nur die Tage der tatsächlichen Dienstverrichtung zählen, käme § 38 Abs. 2 GehG allerdings keine eigenständige normative Bedeutung zu, weil sich der Beginn der Frist ohnehin schon aus Abs. 1 ergäbe. Dieses Auslegungsergebnis steht im Einklang mit Paragraph 38, Absatz 2, GehG, wonach die Frist von 29 Kalendertagen mit dem ersten Tag der

tatsächlichen Funktionsausübung nach Absatz eins, beginnt. Würde man unter "Kalendertage" nur die Tage der tatsächlichen Dienstverrichtung zählen, käme Paragraph 38, Absatz 2, GehG allerdings keine eigenständige normative Bedeutung zu, weil sich der Beginn der Frist ohnehin schon aus Absatz eins, ergäbe.

Eine solche wenn auch nur vorübergehende dienstrechtlich wirksame Verwendung war aber durch die Dienstzuteilung der Beschwerdeführerin zum Ressort der belangten Behörde und Betrauung mit einem höherwertigen Arbeitsplatz gegeben und erfuhr durch eine Abwesenheit vom Dienst infolge Zeitausgleich und Urlaub keinen Abbruch.

Soweit § 38 Abs. 2 GehG die 29-tägige Frist mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung zu laufen beginnen lässt, kommt dieser Bestimmung von ihrem Inhalt her zweifellos für den Beginn dieser Frist Bedeutung zu, ohne allerdings eine Regelung darüber zu treffen, ob bzw. in welchen Fällen diese Frist unterbrochen oder gehemmt werden könnte, sodass daraus nicht der Schluss gezogen werden kann, dass mit der nach Abs. 1 leg. cit. notwendigen höherwertigen Verwendung im besagten Sinn auch eine ununterbrochene "tatsächliche Funktionsausübung" einhergehen muss. Soweit Paragraph 38, Absatz 2, GehG die 29-tägige Frist mit dem ersten Tag der tatsächlichen Funktionsausübung zu laufen beginnen lässt, kommt dieser Bestimmung von ihrem Inhalt her zweifellos für den Beginn dieser Frist Bedeutung zu, ohne allerdings eine Regelung darüber zu treffen, ob bzw. in welchen Fällen diese Frist unterbrochen oder gehemmt werden könnte, sodass daraus nicht der Schluss gezogen werden kann, dass mit der nach Absatz eins, leg. cit. notwendigen höherwertigen Verwendung im besagten Sinn auch eine ununterbrochene "tatsächliche Funktionsausübung" einhergehen muss.

Indem die belangte Behörde dem erzielten Auslegungsergebnis zuwider Abwesenheiten der Beschwerdeführerin infolge von Urlaub und Zeitausgleich im Dezember 2008 nicht in die Frist von 29 aufeinanderfolgenden Kalendertagen, unstrittig beginnend mit 1. Dezember 2008, einrechnete, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war. Indem die belangte Behörde dem erzielten Auslegungsergebnis zuwider Abwesenheiten der Beschwerdeführerin infolge von Urlaub und Zeitausgleich im Dezember 2008 nicht in die Frist von 29 aufeinanderfolgenden Kalendertagen, unstrittig beginnend mit 1. Dezember 2008, einrechnete, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, weshalb dieser gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG aufzuheben war.

Für das fortzusetzende Verfahren sei Folgendes hinzugefügt:

Für die Frage, ob im Verständnis gehaltsrechtlicher Bestimmungen von einer "dauernden" bzw. "nicht dauernden" (im Sinne von "vorübergehenden") Verwendung gesprochen werden kann, vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass für diese Unterscheidung maßgeblich ist, ob von vornherein eine zeitliche Begrenzung der Verwendungsdauer bestand oder nicht. In Ansehung der Abgrenzung zwischen Verwendungszulage nach § 34 GehG und Verwendungsabgeltung nach § 38 GehG hat der Verwaltungsgerichtshof weiters ausgesprochen, dass eine "vorläufige" oder "vorübergehende" Betrauung mit einem Arbeitsplatz dann in eine "dauernde" Betrauung (mit Anspruch auf die in § 34 GehG geregelte Zulage) übergeht, wenn der Beamte die Aufgaben des höherwertigen Arbeitsplatzes länger als sechs Monate durchgehend ausübt. In einem derartigen Fall sind nämlich die Belastungen des mit den Aufgaben eines höherwertigen Arbeitsplatzes Betrauten nicht mehr gering anzusetzen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2005, Zl. 2005/12/0077, mwN). Anderes könnte im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 36b GehG gelten (vgl. dazu jüngst das zur Abgrenzung von Funktionszulage nach § 30 GehG und Funktionsabgeltung nach § 37 GehG ergangene hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2010, Zl. 2009/12/0194). Für die Frage, ob im Verständnis gehaltsrechtlicher Bestimmungen von einer "dauernden" bzw. "nicht dauernden" (im Sinne von "vorübergehenden") Verwendung gesprochen werden kann, vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass für diese Unterscheidung maßgeblich ist, ob von vornherein eine zeitliche Begrenzung der Verwendungsdauer bestand oder nicht. In Ansehung der Abgrenzung zwischen Verwendungszulage nach Paragraph 34, GehG und Verwendungsabgeltung nach Paragraph 38, GehG hat der Verwaltungsgerichtshof weiters ausgesprochen, dass eine "vorläufige" oder "vorübergehende" Betrauung mit einem Arbeitsplatz dann in eine "dauernde" Betrauung (mit Anspruch auf die in Paragraph 34, GehG geregelte Zulage) übergeht, wenn der Beamte die Aufgaben des höherwertigen Arbeitsplatzes länger als sechs Monate durchgehend ausübt. In einem derartigen Fall sind nämlich die Belastungen des mit den Aufgaben eines höherwertigen Arbeitsplatzes Betrauten nicht mehr gering anzusetzen vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 2005, Zl. 2005/12/0077, mwN). Anderes könnte im unmittelbaren Anwendungsbereich des Paragraph 36 b, GehG gelten vergleiche , dazu jüngst das zur Abgrenzung von Funktionszulage nach Paragraph 30, GehG und Funktionsabgeltung nach Paragraph 37, GehG ergangene

hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2010, Zl. 2009/12/0194).

Unbestritten ist, dass die höherwertige Verwendung der Beschwerdeführerin ab 1. Dezember 2008 ex ante auf sechs Monate befristet war, sodass während dieses Zeitraumes weder ein Anspruch auf Verwendungszulage nach § 34 Abs. 1 GehG noch ein solcher auf Ergänzungszulage nach § 36b GehG bestand; nach Ablauf dieser sechs Monate lag aber auf Grund der mit Wirksamkeit vom 1. Juni 2009 erfolgten Ernennung der Beschwerdeführerin in der Verwendungsgruppe A1 keine Verwendung mehr vor, die für die Zeit vom 1. Dezember 2008 bis 31. Mai 2009 einen Anspruch nach § 36b Abs. 1 GehG hätte begründen können. Unbestritten ist, dass die höherwertige Verwendung der Beschwerdeführerin ab 1. Dezember 2008 ex ante auf sechs Monate befristet war, sodass während dieses Zeitraumes weder ein Anspruch auf Verwendungszulage nach Paragraph 34, Absatz eins, GehG noch ein solcher auf Ergänzungszulage nach Paragraph 36 b, GehG bestand; nach Ablauf dieser sechs Monate lag aber auf Grund der mit Wirksamkeit vom 1. Juni 2009 erfolgten Ernennung der Beschwerdeführerin in der Verwendungsgruppe A1 keine Verwendung mehr vor, die für die Zeit vom 1. Dezember 2008 bis 31. Mai 2009 einen Anspruch nach Paragraph 36 b, Absatz eins, GehG hätte begründen können.

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt, römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 26. Jänner 2011

Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2010120005.X00

Im RIS seit

25.02.2011

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at