

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/3/28 2005/12/0178

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.03.2008

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/02 Gehaltsgesetz;  
63/06 Dienstrechtsverfahren;

## Norm

AVG §51;  
AVG §66 Abs2;  
AVG §66 Abs3;  
B-VG Art132;  
DVG 1984 §1;  
DVG 1984 §12 Abs3;  
GehG 1956 §15 Abs1 Z6 idF 1972/214;  
GehG 1956 §15 Abs6 idF 1972/214;  
GehG 1956 §18 Abs1 idF 1972/214;  
VwGG §36 Abs9;  
VwGG §42 Abs2;  
VwGG §42 Abs4;  
VwGG §62 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma und Dr. N. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Schilhan, über die Beschwerde der Mag. E. B. in G., vertreten durch Dr. Hermann Kienast, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Friedrichgasse 6/V/17, gegen den Bundesminister für Finanzen wegen Verletzung der Entscheidungspflicht in einer Angelegenheit betreffend die Berufung über die Neubemessung der Mehrleistungszulage nach den §§ 15 Abs. 6 und 18 Gehaltsgesetz 1956, zu Recht erkannt:

## Spruch

Gemäß § 42 Abs. 4 VwGG in Verbindung mit § 66 Abs. 2 AVG wird der an die Beschwerdeführerin ergangene Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 28. Dezember 2004 betreffend Neubemessung ihrer Mehrleistungszulage (ohne Geschäftszahl) behoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides

an das Finanzamt Graz-Stadt zurückverwiesen.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 774,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

I. Im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen erstinstanzlichen Bescheides stand die Beschwerdeführerin als Oberrätin (Verwendungsgruppe A1, Funktionsgruppe 2) in einem aktiven öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund.

Mit dem ohne Geschäftszahl ergangenen Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 28. Dezember 2004, der Beschwerdeführerin zugestellt am 5. Jänner 2005, wurde das bis dahin festgesetzte Pauschale für die der Beschwerdeführerin gemäß § 18 Gehaltsgesetz 1956 gebührende Mehrleistungszulage gemäß § 15 Abs. 6 Gehaltsgesetz 1956 mit monatlich 11,86% des Gehaltes (einschließlich allfälliger Teuerungszulagen) der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V der Beamten der Allgemeinen Verwaltung mit dem auf die Ausfolgung dieses Bescheides folgenden Monatsersten neu bemessen. Als Begründung dieses Bescheides findet sich folgender Satz:

"Durch die mit den Umstrukturierungsmaßnahmen zusammenhängenden Änderungen der Funktionszuschläge zur Mehrleistungszulage war die oben angeführte Nebengebühr von 150% auf 100% neu zu bemessen."

Mit Schreiben vom 17. Jänner 2005 (am selben Tag beim Finanzamt Graz-Stadt eingelangt) er hob die Beschwerdeführerin gegen diesen ihr nach ihren Angaben am 5. Jänner 2005 zugestellten Bescheid Berufung; begründend führte sie darin auf das Wesentliche zusammengefasst aus, dass die nach § 15 Abs. 6 Gehaltsgesetz 1956 für eine Neubemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage erforderliche wesentliche Änderung des maßgeblichen Sachverhaltes hinsichtlich ihrer konkreten Verwendung trotz einer mittlerweile erfolgten Versetzung von der Finanzlandesdirektion zum Finanzamt Graz nicht vorliege. Unter einem beantragte sie, der Berufung die aufschiebende Wirkung zuzerkennen.

Der Antrag, der Berufung die aufschiebende Wirkung zuzerkennen, wurde mit dem - im vorgelegten Verwaltungsakt in Urschrift erliegenden - Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt GZ 037/13-PA-S/G/05 abgewiesen; dieser Bescheid wurde - wie sich aus einem im Verwaltungsakt erliegenden von der Beschwerdeführerin eigenhändig unterfertigten Übernahmebestimmung ergibt - am 29. April 2005 an sie erlassen.

Über die Berufung gegen die Bemessung der Mehrleistungszulage wurde hingegen vom zuständigen Bundesminister für Finanzen nicht entschieden, weshalb die Beschwerdeführerin Säumnisbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof er hob.

Eine Entscheidung durch die belangte Behörde erfolgte auch nicht innerhalb der vom Verwaltungsgerichtshof nach § 36 Abs. 2 VwGG gesetzten Frist zur Nachholung des versäumten Bescheides. Ein Ersuchen der belangten Behörde auf Verlängerung der Frist zur Nachholung des ausständigen Bescheides wurde erst nach Ablauf der ursprünglich gesetzten Nachfrist gestellt, sodass ihm nicht stattgegeben werden konnte.

Die belangte Behörde hat Verwaltungsakten vorgelegt, eine Gegenschrift jedoch nicht erstattet.

### **II. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:**

#### **II.1. Zur Zulässigkeit:**

II.1.1. Die Zuständigkeit des Finanzamtes Graz-Stadt zur Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides ergibt sich aus § 2 Abs. 2 Dienstrechtsverfahrensgesetz (DVG) iVm § 1 Z 1 der Dienstrechtsverfahrens- und Personalstellenverordnung - BMF 2004 (DVPV-BMF 2004), BGBl. II Nr. 171/2004. Zur Entscheidung über die Berufung ist der Bundesminister für Finanzen als oberste Dienstbehörde nach § 2 Abs. 2 DVG zuständig.

Über die am 17. Jänner 2005 - fristgerecht - erhobene Berufung wurde nicht binnen sechs Monaten entschieden; durch die am 12. August 2005 zur Post gegebene (und am 17. August 2005 beim Verwaltungsgerichtshof eingelangte) Säumnisbeschwerde wurde somit die in § 27 Abs. 1 VwGG normierte Frist gewahrt.

Die Beschwerde richtet sich nach ihrem klaren Wortlaut ausschließlich gegen die Säumnis der Berufungsbehörde bezüglich der Erledigung der Berufung, nicht aber gegen eine Untätigkeit bezüglich der Erledigung des im selben Schriftsatz gestellten Antrages auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung (der durch Bescheid des Finanzamtes

Graz-Stadt vom 29. April 2005 im Zeitpunkt der Erhebung der vorliegenden Säumnisbeschwerde erledigt war) und begeht vom Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung über die Berufung. Auch unter diesem Aspekt ist die Säumnisbeschwerde somit zulässig.

Da die belangte Behörde den ausständigen Berufungsbescheid nicht innerhalb der ihr gesetzten Nachfrist nachgeholt hat, ist die Zuständigkeit somit auf den Verwaltungsgerichtshof übergegangen.

II.2. Hat der Verwaltungsgerichtshof bei Säumnisbeschwerden in der Sache selbst zu entscheiden, so hat er nach § 62 Abs. 2 VwGG, soweit dieses Bundesgesetz nicht anderes bestimmt, jene Verwaltungsvorschriften anzuwenden, die die säumig gewordene Behörde anzuwenden gehabt hätte. Soweit es um die Säumnis einer Verwaltungsbehörde geht, die als Berufungsbehörde § 66 Abs. 2 AVG anzuwenden hat, findet nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gemäß § 62 Abs. 2 VwGG auch § 66 Abs. 2 AVG Anwendung (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 20. März 2003, ZI. 2001/07/0072, vom 21. September 2004, ZI. 2001/01/0348, vom 9. November 2004, ZI. 2002/01/0067, vom 28. Jänner 2005, ZI. 2002/01/0013, und vom 6. Juli 2006, ZI. 2005/07/0169). Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich auch angesichts vereinzelt im rechtswissenschaftlichen Schrifttum erhobener Kritik an dieser Auffassung (vgl. Kneihs, Säumnisbeschwerde, Ermessen und Art. 6 MRK, ZfV 2006, S. 615ff) nicht veranlasst, von dieser Auffassung abzugehen: Weder § 36 Abs. 9 VwGG noch § 42 Abs. 4 VwGG sind Regelungen, die im Sinne des § 62 Abs. 2 VwGG "anderes bestimmen", und die Anwendung des § 66 Abs. 2 AVG ausschließen, soweit der Verwaltungsgerichtshof an die Stelle einer Berufungsbehörde tritt, die das AVG und dessen § 66 Abs. 2 anzuwenden hat. § 36 Abs. 9 VwGG regelt lediglich, wie der Verwaltungsgerichtshof im Falle einer Säumnisbeschwerde vorzugehen hat, wenn zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes ein Ermittlungsverfahren erforderlich ist; über die Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes auf Grund einer Säumnisbeschwerde wird damit nichts gesagt. Die Anordnung des § 42 Abs. 4 VwGG, wonach der Verwaltungsgerichtshof "in der Sache selbst" entscheidet, "wobei er auch das sonst der Verwaltungsbehörde zustehende freie Ermessen handhabt", erklärt sich aus dem systematischen Zusammenhang mit § 42 Abs. 2 VwGG, wonach der Verwaltungsgerichtshof in Bescheidprüfungsverfahren kassatorische Entscheidungen zu treffen hat. Dass der Verwaltungsgerichtshof auf Grund einer Säumnisbeschwerde "in der Sache selbst" entscheidet, bedeutet lediglich, dass er im Falle einer Säumnisbeschwerde an die Stelle der säumigen Behörde tritt und deren ausstehende Entscheidung zu substituieren hat. Diese Formulierung bietet aber keinen Anhaltspunkt, dass eine der säumigen Verwaltungsbehörde offen stehende Entscheidungsalternative dem Verwaltungsgerichtshof nicht zur Verfügung stehen sollte. Der Verwaltungsgerichtshof hält daher an seiner Auffassung fest, dass er - soweit die säumige Berufungsbehörde § 66 Abs. 2 AVG anzuwenden hat - befugt ist, in Anwendung dieser Bestimmung einen unterinstanzlichen Bescheid aufzuheben und die Verwaltungssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Verwaltungsbehörde zurückzuverweisen. Dass vor einer solchen Zurückverweisung auch zu berücksichtigen ist, inwieweit eine unmittelbare Beweisaufnahme bzw. eine mündliche Verhandlung durch den Verwaltungsgerichtshof selbst zu einer "Ersparnis an Zeit und Kosten" führt (vgl. § 66 Abs. 3 AVG) ändert an dieser prinzipiellen Befugnis des Verwaltungsgerichtshofes nichts.

Da es sich im gegenständlichen Fall um ein Dienstrechtsverfahren handelt, in dem nach § 1 DVG das AVG anzuwenden ist und das DVG in Bezug auf § 66 AVG keine abweichende Regelung trifft, hat der Verwaltungsgerichtshof auch die Befugnis, nach § 66 Abs. 2 AVG im Falle der Säumnis einer Berufungsbehörde den Bescheid der ersten Instanz aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an diese zu verweisen.

II.3. Eine Zurückverweisung ist aber nur dann zulässig, wenn "die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint". Die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung im Sinne des § 66 Abs. 2 AVG kann sich dabei immer nur im Tatsachenbereich stellen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 9. Oktober 2007, ZI. 2007/02/0214); allerdings ist es nicht maßgebend, ob eine Verhandlung im kontradiktionsreichen Sinn (von Rede und Gegenrede mehrerer beteiligter Parteien) oder ob nur eine Vernehmung der Partei (im Einparteienverfahren) erforderlich ist (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 14. März 2001, ZI. 2000/08/0200, vom 21. November 2002, ZI. 2002/20/0315, oder vom 17. Oktober 2006, ZI. 2005/20/0459). Die Voraussetzung für eine Kassation nach § 66 Abs. 2 AVG ist daher auch dann erfüllt, wenn zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes (nur) die Vernehmung einer Partei erforderlich ist.

Diese Voraussetzung liegt im gegenständlichen Fall vor: Nach § 18 Abs. 1 Gehaltsgesetz 1956 idF der 24. Gehaltsgesetz-Novelle BGBl. Nr. 214/1972 (auf diese Fassung beziehen sich auch die folgenden Bestimmungen des Gehaltsgesetzes 1956) gebührt dem Beamten, der eine in fachlicher Hinsicht zumindest gute Leistung erbringt, die

- bezogen auf eine Zeiteinheit - in mengenmäßiger Hinsicht erheblich über der Normalleistung liegt, eine Mehrleistungszulage. Die Mehrleistungszulage ist eine Nebengebühr nach § 15 Abs. 1 Z 6 Gehaltsgesetz 1956, die nach Abs. 2 der genannten Bestimmung pauschaliert werden kann, "wenn die Dienstleistungen, die einen Anspruch auf eine solche Nebengebühr begründen, dauernd oder so regelmäßig erbracht werden, dass die Ermittlung monatlicher Durchschnittswerte möglich ist (Einzelpauschale)". Nach § 15 Abs. 6 Gehaltsgesetz 1956 ist die pauschalierte Nebengebühr neu zu bemessen, "wenn sich der ihrer Bemessung zu Grunde liegende Sachverhalt wesentlich geändert hat". Bei der Beurteilung, ob eine "wesentliche Änderung" des für die Bemessung der pauschalierten Nebengebühr maßgeblichen Sachverhaltes eingetreten ist, ist von jenem Sachverhalt auszugehen, der der letzten (rechtskräftigen) Bemessung der pauschalierten Nebengebühr zu Grunde lag und auf den sich daher die (objektiven) Grenzen der Rechtskraft dieses Bescheides beziehen. Eine gegenüber dem früheren Sachverhalt wesentliche Änderung ist dann anzunehmen, wenn das unter Zugrundelegung des früheren Sachverhaltes festgelegte Pauschale auf Grund der eingetretenen Änderung des Sachverhaltes nicht mehr als eine dem Gesetz entsprechende angemessene Abgeltung der Leistung angesehen werden kann. Die Nebengebühren beziehen sich jedenfalls auf die mit einem bestimmten Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben und nicht auf die organisatorische Eingliederung dieses Arbeitsplatzes (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 11. Oktober 2007, Zl. 2006/12/0172). Der tatsächliche Wegfall der den Nebengebührenanspruch begründenden bisherigen Verwendung durch eine Personalmaßnahme - wozu auch eine Versetzung infolge einer Änderung von Organisationsstrukturen zählt - führt zwar grundsätzlich auch zum Wegfall der aus diesem Titel bisher gebührenden Nebengebühr; sofern die Pauschalierung beibehalten wird, gilt dies aber nur, sofern die neue Verwendung nicht ihrerseits einen solchen Anspruch begründet, was in einem Verfahren nach § 15 Abs. 6 Gehaltsgesetz 1956 jedenfalls zu berücksichtigen ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl. 2003/12/0065).

Im gegenständlichen Fall kann zunächst dahinstehen, ob die Beschwerdeführerin für eine Mehrleistungszulage im Sinne des § 18 Gehaltsgesetz 1956 überhaupt in Betracht kam (nach ständiger Rechtsprechung setzt die Zuerkennung einer Mehrleistungszulage voraus, dass eine Normalleistung in der Zeitdimension feststellbar ist, von der aus eine Mehrleistung festgestellt werden kann; besteht die Arbeit eines Beamten aus ungleichen Dienstverrichtungen verschiedenen Schwierigkeitsgrades, so entzieht sie sich einer sinnvollen Erfassung nach Zahl und Maß im Rahmen einer bestimmten Zeit: vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1992, Zl. 89/12/0072; daher sind insbesondere geistige Arbeitsleistungen nach ständiger Rechtsprechung der Feststellung einer Normalleistung grundsätzlich nicht zugänglich: vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2000, Zl. 97/12/0346). Wie sich aus dem dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Verwaltungsakt ergibt, wurde nämlich der Beschwerdeführerin gegenüber mehrmals durch Bescheid die Mehrleistungszulage in pauschaliert Form bemessen; ausgehend von der letzten rechtskräftigen Bemessung ist daher eine Neubemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage nach § 15 Abs. 6 Gehaltsgesetz 1956 nur dann zulässig, wenn sich der maßgebliche Sachverhalt seit dieser letzten (rechtskräftigen) bescheidmäßigen Bemessung wesentlich geändert hat.

Aus dem vorgelegten Verwaltungsakt ergibt sich dazu Folgendes: Die Beschwerdeführerin war ursprünglich als Vertragsbedienstete in den Bundesdienst aufgenommen worden und wurde mit Bescheid vom 11. August 1995 zur Beamtin ernannt und in weiterer Folge der Finanzlandesdirektion Steiermark als Bereichsleiterin für die Fach- und Rechtsmittelabteilung Körperschaftsteuer (Einhebung und Einbringung) zugewiesen. Auf Grund einer von ihr abgegebenen Überleitungserklärung wurde sie mit Wirkung vom 1. Jänner 1997 in die Verwendungs- bzw. Funktionsgruppe A1/1 eingestuft, ab 1. März 2002 erfolgt die Einstufung in die Verwendungs- bzw. Funktionsgruppe A1/2. Mit Anordnung vom 10. März 2003 wurde die Beschwerdeführerin vorläufig mit der Funktion einer Stellvertreterin des Vorstandes einer Geschäftsabteilung betraut.

Soweit aus dem vorgelegten Verwaltungsakt ersichtlich wurde erstmals mit Bescheid vom 9. März 1998 eine Mehrleistungszulage in pauschaliert Form gemäß § 18 iVm § 15 Abs. 2 Gehaltsgesetz 1956 bemessen; in weiterer Folge erfolgten Neubemessungen dieser pauschalierten Nebengebühr nach § 15 Abs. 6 Gehaltsgesetz 1956 mit Bescheiden vom 18. Oktober 2002 und vom 11. Juni 2003, wobei mit dem letztgenannten Bescheid die pauschalierte Mehrleistungszulage in Höhe von 10,69% des Gehaltes der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V der Beamten der Allgemeinen Verwaltung neu bemessen wurde. Mit zwei aufeinanderfolgenden (weithin wortgleichen) Bescheiden vom 23. Juni 2004 und vom 12. Juli 2004 wurde die Beschwerdeführerin infolge der organisatorischen Änderungen im Bereich der Finanzverwaltung gemäß § 38 BDG 1979 mit Wirkung vom 1. Mai 2004 zum Finanzamt Graz-Stadt versetzt

und dort als Fachexpertin, zugeordnet der Arbeitsplatzwertigkeit A1/2, verwendet. Nach einem Hinweis in beiden Bescheiden sollte dadurch hinsichtlich der bisherigen Verwendung und Einstufung der Beschwerdeführerin "keine Änderung" eintreten.

Aus einem im Akt erliegenden e-mail-Verkehr vom Juli und August 2004 ergibt sich, dass die pauschalierte Mehrleistungszulage in weiterer Folge mit 17,79% des Gehaltes eines Beamten der Allgemeinen Verwaltung der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V ausgezahlt wurde, ein diesbezüglicher Bescheid über die Neubemessung ist im vorgelegten Verwaltungsakt nicht ersichtlich. Mit dem verfahrensgegenständlichen Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 28. Dezember 2004 erfolgte schließlich eine förmliche Neubemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage in Höhe von 11,86% des Gehaltes der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V eines Beamten der Allgemeinen Verwaltung. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Berufung, in der die Beschwerdeführerin geltend macht, dass es zu keiner wesentlichen Änderung ihrer Verwendung gekommen sei und die Mehrleistungszulage daher weiterhin mit 17,79% des Gehaltes eines Beamten der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V der Allgemeinen Verwaltung zu bemessen wäre.

Ungeachtet des Umstandes, ob die pauschalierte Mehrleistungszulage in der von der Beschwerdeführerin behaupteten Höhe durch Bescheid bemessen oder nur faktisch ausgezahlt worden ist, wäre die mit dem angefochtenen erstinstanzlichen Bescheid vorgenommene Neubemessung nach § 15 Abs. 6 Gehaltsgesetz 1956 nur dann zulässig, wenn sich der Sachverhalt gegenüber der letzten durch Bescheid erfolgten Bemessung dieser Mehrleistungszulage wesentlich geändert hat. Die erstinstanzliche Behörde hätte daher einerseits ermitteln müssen, wann die letzte bescheidmäßige Bemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage erfolgt ist, von welchem Sachverhalt bei dieser Bemessung ausgegangen wurde und davon ausgehend prüfen müssen, ob sich seit damals der Sachverhalt wesentlich geändert hat. Dem vorliegenden Verwaltungsakt ist allerdings nicht zu entnehmen, dass es - sei es bei der erstmaligen Bemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage oder bei den folgenden bescheidförmigen Neubemessungen - jemals zu einer Ermittlung des für die Bemessung bzw. Neubemessung relevanten Sachverhaltes gekommen wäre. Abgesehen von dem zuletzt erlassenen verfahrensgegenständlichen Bescheid weist kein einziger der im Verwaltungsakt erliegenden Bescheide über die Bemessung bzw. Neubemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage eine Begründung auf. Auch in dem nunmehr mit Berufung angefochtenen Bescheid vom 28. Dezember 2004 findet sich unter der Überschrift "Begründung" allerdings nur der eingangs wiedergegebene Satz. Nachvollziehbare Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht, inwieweit sich die maßgeblichen faktischen Verhältnisse seit der letzten bescheidmäßigen Bemessung der Mehrleistungszulage verändert haben, enthalten diese Ausführungen aber nicht. Dem Verwaltungsakt ist auch nicht zu entnehmen, dass der Erlassung dieses Bescheides ein irgendwie geartetes Ermittlungsverfahren vorangegangen wäre.

Da somit keinerlei Feststellungen zur Frage ersichtlich sind, wie die Beschwerdeführerin früher verwendet wurde und wie sich ihre Verwendung zwischenzeitig geändert hat, müsste daher vor Neubemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage überhaupt erst ermittelt werden, wie die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der letzten bescheidmäßigen Bemessung ihrer Mehrleistungszulage tatsächlich verwendet wurde, und welche Änderungen dieser Verwendung danach eingetreten sind. Der Umstand allein, dass die Beschwerdeführerin infolge organisatorischer Änderungen im Rahmen der Finanzverwaltung versetzt wurde, erlaubt nicht automatisch den Schluss auf eine derartige wesentliche Änderung des maßgebenden Sachverhaltes, weil es nach der oben dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht auf die organisatorische Eingliederung, sondern auf die tatsächliche Verwendung der Beschwerdeführerin ankommt. Diesbezügliche Ermittlungen sind jedoch nicht ersichtlich, insbesondere sind dem Verwaltungsakt keine Feststellungen über die tatsächliche Verwendung der Beschwerdeführerin zu entnehmen. Das gilt nicht nur für den mit Berufung angefochtenen Bescheid, sondern auch für die im Akt erliegenden früheren Bemessungsbescheide. Um ausreichende Feststellungen über den maßgeblichen Sachverhalt treffen zu können, ist es nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes unabdingbar, im Zuge eines diesbezüglichen Ermittlungsverfahrens auch die Beschwerdeführerin selbst über ihre konkrete Verwendung im Zeitpunkt der letzten bescheidmäßigen Feststellung der pauschalierten Mehrleistungszulage einerseits sowie im Zeitpunkt der Neubemessung dieser Mehrleistung anderseits im Wege einer Beteiligtenvernehmung nach § 51 AVG zu befragen. Ohne eine solche Befragung lässt sich ein schlüssiges Bild der tatsächlichen Verwendung der Beschwerdeführerin nicht gewinnen.

Da somit zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes eine Vernehmung der Beschwerdeführerin unabdingbar ist, liegt die von § 66 Abs. 2 AVG geforderte Notwendigkeit der (erstmaligen) Verhandlung im Sinne dieser Bestimmung vor.

II.4. Der Anwendung des § 66 Abs. 2 AVG im gegenständlichen Fall stehen auch keine sonstigen gesetzlichen Bestimmungen entgegen. Insbesondere wäre die Durchführung des Ermittlungsverfahrens unmittelbar durch den Verwaltungsgerichtshof auch nicht mit einer Ersparnis an Zeit und Kosten im Sinne des § 66 Abs. 3 AVG verbunden: Der vorliegende Fall weist nämlich die Besonderheit auf, dass es nicht bloß um die Ergänzung einzelner ausstehender Sachverhaltsermittlungen geht, sondern dass überhaupt erstmals ein Ermittlungsverfahren über die für die Bemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage der Beschwerdeführerin maßgeblichen Umstände durchzuführen wäre. Ein solches Ermittlungsverfahren erfordert nicht nur - wie dargelegt - die Vernehmung der Beschwerdeführerin, sondern auch die Vernehmung weiterer Personen, die als Zeugen über deren konkrete Verwendung Auskunft geben können, sowie eine Feststellung der konkreten Organisation der Dienststelle der Beschwerdeführerin und der Aufgaben, die sie auf ihrem Arbeitsplatz zu erfüllen hat. Allein die räumliche Entfernung zwischen dem Ort der Dienststelle der Beschwerdeführerin sowie ihrem Wohnort einerseits und dem Amtssitz des Verwaltungsgerichtshofes andererseits würde zu einem erheblichen Aufwand an Zeit und Kosten für die Anreise der Beteiligten sowie von Zeugen führen, was jedenfalls keine "Ersparnis an Zeit und Kosten" bedeuten könnte (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 21. November 2002, ZI. 2000/20/0084). Das Erfordernis einer manchmal weiten und unter Umständen mehrfachen Anreise zu Verhandlungen vor einer weiter entfernten Behörde kann zu Verfahrensverzögerungen infolge notwendiger Vertagungen wegen Verhinderung einzelner Personen und unter Umständen auch bei Versäumung einzelner Termine zum Erfordernis der Wiedereinsetzung führen. Angesichts dieser Umstände scheint die Durchführung der erforderlichen Verhandlung durch die Behörde erster Instanz, die gleichzeitig Dienststelle der Beschwerdeführerin ist, rascher und effizienter möglich. Beizufügen ist, dass es gemäß § 66 Abs. 3 AVG für die Beurteilung einer allfälligen Ersparnis an Zeit und Kosten nicht auf das Gesamtverfahren ankommt, sondern nur auf die konkrete Amtshandlung (vgl. auch dazu das bereits zitierte Erkenntnis vom 21. November 2002, ZI. 2000/20/0084).

Auch die nach § 36 Abs. 9 VwGG mögliche Beauftragung einer Verwaltungsbehörde mit der Durchführung erforderlicher Erhebungen durch den Verwaltungsgerichtshof ist wegen der damit verbundenen Trennung von entscheidungsbefugter Instanz einerseits und verfahrensführender Stelle andererseits angesichts der Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht zweckmäßig, geht es doch nicht bloß um einzelne Erhebungsschritte, sondern um die Durchführung eines gesamten - angesichts des vorliegenden Falles relativ komplexen - Ermittlungsverfahrens.

Aus den dargestellten Gründen war daher von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, den erstinstanzlichen Bescheid nach § 66 Abs. 2 AVG aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die Verwaltungsbehörde erster Instanz zurückzuverweisen. Damit erübrigen sich nähere Feststellungen durch den Verwaltungsgerichtshof darüber, wann die letzte bescheidmäßige Bemessung der pauschalierten Mehrleistungszulage gegenüber der Beschwerdeführerin tatsächlich erfolgte.

II.5. Von einem Ausspruch nach § 12 Abs. 3 DVG war abzusehen, da ein solcher im Falle der Zurückverweisung nach § 66 Abs. 2 AVG aus folgenden Gründen nicht in Betracht kommt: Die in § 12 Abs. 3 DVG vorgesehene Rückwirkung eines Berufungsbescheides stellt einen Ausgleich dafür dar, dass im Verfahrenssystem des DVG der mit Berufung angefochtene Bescheid im Falle des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung der Berufung sogleich verbindlich wird; um die damit verbundenen Rechtsnachteile für den Berufungswerber auszugleichen, sieht § 12 Abs. 3 DVG vor, dass die Rückwirkung der Berufungsentscheidung auf den Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides auszusprechen ist, wenn "der angefochtene Bescheid zugunsten des Berufungswerbers abgeändert" wird und sich die Rückwirkung zugunsten der Partei auswirkt. Die Rückwirkung beschränkt sich dabei auf die (verfahrensrechtliche) Wirkung, dass der angefochtene Bescheid ex tunc aufgehoben wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 1993, ZI. 92/12/0038, unter Hinweis auf Thienel, Berufung und Berufungsentscheidung im Dienstrechtsverfahren, ZAS 1986, S. 43 ff). Wie aus dem Wortlaut

("zugunsten ... abgeändert") deutlich wird, bezieht sich diese

Bestimmung allerdings nur auf den Fall, dass die Berufungsbehörde eine reformatorische Sachentscheidung zugunsten des Berufungswerbers trifft, durch die die in Verhandlung stehende Verwaltungssache endgültig erledigt wird. Zugleich mit der neuen - endgültigen - Sachentscheidung hat die Berufungsbehörde zu entscheiden, ob der

angefochtene Bescheid rückwirkend - zur Gänze - beseitigt wird oder mit einem in der Vergangenheit liegenden, zeitlich begrenzten Geltungsbereich dem Rechtsbestand weiter angehören soll.

Im Falle der Zurückverweisung nach § 66 Abs. 2 AVG ist die Rechtslage jedoch insofern grundlegend anders, als es sich dabei nicht um eine Sachentscheidung handelt, sondern um eine verfahrensrechtliche Entscheidung, deren Wirkung darin besteht, dass der angefochtene Bescheid aufgehoben und die in Verhandlung stehende Verwaltungssache an die unterinstanzliche Behörde zur Erlassung eines neuen Bescheides zurückverwiesen wird. Das Verfahren tritt damit in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides befunden hat (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 1984, Zl. 84/07/0012). Der angefochtene Bescheid wird damit zur Gänze aus dem Rechtsbestand ausgeschieden, womit auch alle akzessorischen Entscheidungen - wie z.B. über den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung in einem Verfahren nach dem AVG - wegfallen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. April 1994, Zl. 92/03/0238, mwN). Auf Grund der Zurückverweisung hat die erstinstanzliche Behörde eine neue Sachentscheidung zu treffen. Für einen allfälligen Fortbestand des angefochtenen Bescheides (für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum) bleibt im Falle einer Zurückverweisung nach § 66 Abs. 2 AVG somit kein Raum. Es liegt vielmehr im Wesen einer solchen Zurückverweisung, dass der angefochtene Bescheid zur Gänze - und damit in seiner zeitlichen Dimension rückwirkend - aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird. Anders als für die Fälle der Wiederaufnahme und der Wiedereinsetzung - für die die §§ 14 und 15 DVG abweichend vom AVG vorsehen, dass der frühere Bescheid durch die Anordnung der Wiederaufnahme bzw. Wiedereinsetzung zunächst nicht aufgehoben wird und erst anlässlich der neuen Sachentscheidung über die Rückwirkung zu entscheiden ist - enthält das DVG für den Fall der Zurückverweisung nach § 66 Abs. 2 AVG keine vergleichbare vom AVG abweichende Bestimmung; daher bleibt es nach § 1 DVG bei der im AVG normierten Wirkung der Zurückverweisung, dass der angefochtene Bescheid erster Instanz zur Gänze (rückwirkend) außer Kraft tritt, sodass ein Ausspruch nach § 12 Abs. 3 DVG in diesem Fall nicht in Betracht kommt.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage kommt daher im Falle einer Behebung des mit Berufung bekämpften Bescheides und der Zurückverweisung der Angelegenheit an die unterinstanzliche Behörde nach § 66 Abs. 2 AVG ein Ausspruch nach § 12 Abs. 3 DVG anlässlich der Berufungsentscheidung keinesfalls in Betracht, und zwar unabhängig davon, ob der Berufung aufschiebende Wirkung zugekommen ist.

Damit erübrigen sich im gegenständlichen Fall auch nähere Feststellungen dazu, ob die Beschwerdeführerin gegen den Bescheid, mit dem ihr Antrag, ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, abgewiesen wurde, ein Rechtsmittel ergriffen hat, und welche konkreten faktischen (finanziellen) Auswirkungen die Zurückverweisung der Verwaltungssache für die Beschwerdeführerin hat.

II.6. Der Ausspruch über den Kostenersatz stützt sich - im Rahmen des in der Säumnisbeschwerde gestellten Antrages - auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 28. März 2008

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2005120178.X00

**Im RIS seit**

02.05.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

08.01.2013

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