

# TE Vwgh Erkenntnis 2007/3/28 2006/12/0115

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.03.2007

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/02 Gehaltsgesetz;

## Norm

AVG §58 Abs2;  
AVG §60;  
GehG 1956 §30a Abs1 Z3;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litb;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Betreff

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. Schilhan, über die Beschwerde des GD in B, vertreten durch Dr. Peter Ringhofer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des Bundesministers für Landesverteidigung vom 19. Mai 2006, Zl. P404662/35-PersC/2006, betreffend Bemessung einer Verwendungszulage (§ 30a Abs. 1 Z. 3 GehG) und Rückforderung von Übergenüssen, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Zum Sachverhalt und zur Vorgeschichte dieser Beschwerdesache wird auf die hg. Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. Mai 2003, Zl. 2000/12/0264, und vom 7. September 2005, Zl. 2004/12/0206, verwiesen. Mit dem zuletzt zitierten hg. Erkenntnis vom 7. September 2005 wurde Spruchpunkt 1 des (damals) angefochtenen Bescheides der belangten Behörde vom 29. Oktober 2004 mit dem Inhalt, der Beschwerdeführer habe gemäß § 13a Abs. 1 iVm Abs. 3 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 (im Folgenden: GehG), die in der Zeit vom 1. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 auf Grund einer unrichtigen Anwendung der Bestimmungen über die Verwendungszulage gemäß § 30a Abs. 1 Z. 3 und Abs. 5 iVm § 75 Abs. 2 GehG zu Unrecht empfangene Leistungen in Höhe von EUR 4.858,04 (ATS 66.848,04) dem Bund zu ersetzen, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof (in Bindung an das Vorerkenntnis vom 26. Mai 2003) aus, dass die Erlassung eines auf § 13a Abs. 1 und 3 GehG gestützten Bescheides zur Feststellung eines Rückforderungsanspruches die bescheidmäßige Feststellung (Bemessung) der Leiterzulage voraussetze. Ein Bescheid, der lediglich die Verpflichtung zum Rückersatz feststelle und sich ausschließlich in seiner Begründung mit der Lösung der Frage befasse, in welcher Höhe die Leiterzulage zustehe, sei rechtswidrig, weil es ihm an der Erlassung eines Bemessungsbescheides mangle. Solange ein erstinstanzlicher Bemessungsbescheid nicht erlassen sei, erweise sich der mit Berufung angefochtene Bescheid als rechtswidrig und wäre von der Berufungsbehörde aufzuheben gewesen.

Hinsichtlich der von der belangten Behörde vorgenommenen Bemessung der Leiterzulage führte der Verwaltungsgerichtshof ergänzend aus, die belangte Behörde hätte - ausgehend von ihrer Auffassung, die Tätigkeit als Kommandant des Landwehrstammregimentes (im Folgenden: LWSR) und jene als Kommandant des Assistenzeinsatzbataillons (im Folgenden: AssEBaon) seien zur Bemessung der Leiterzulage gleich zu gewichten - ihrer Durchschnittsberechnung als höhere Komponente die mit Dienstrechtsmandat vom 14. Mai 1992 festgesetzte Leiterzulage in Höhe von 36 vH des Gehaltes der Gehaltsstufe (GehSt) 2 der Dienstklasse (DKI) V eines Beamten der Allgemeinen Verwaltung und nicht eine Zulage in der Höhe von vier Vorrückungsbeträgen zu Grunde legen müssen. Weiters würde die von der belangten Behörde herangezogene Berechnungsmethode (Gewichtung der Komponente Kommandant des AssEBaon mit 50 %) voraussetzen, dass derjenige, der das Kommando des AssEBaon während jener Zeiten geführt habe, in welchen der Beschwerdeführer dort nicht als Kommandant in Dienstverwendung gestanden sei, nach Maßgabe der herrschenden Weisungslage in dieser Verwendung die gleichen Aufgaben gehabt habe wie der Beschwerdeführer (und nach dieser Weisungslage nicht berechtigt gewesen sei, Führungsaufgaben zu Lasten des Beschwerdeführers zurückzustellen). Unmaßgeblich sei, ob der andere Kommandant die ihm übertragenen Aufgaben auch ordnungsgemäß wahrgenommen habe.

Im fortgesetzten Verfahren hob die belangte Behörde auf Grund der Berufung des Beschwerdeführers mit Bescheid vom 13. Oktober 2005 den Bescheid des Korpskommando I (im Folgenden: KpsKdo I) vom 2. Juni 1995 hinsichtlich der Rückforderung der Leiterzulage auf. Begründend führte sie dazu im Wesentlichen aus, da mit dem auf § 13a Abs. 1 und Abs. 3 GehG gestützten Bescheid des KpsKdo I die Rückforderung der verfahrensgegenständlichen Leiterzulage ohne vorangehende oder gleichzeitige bescheidmäßige Bemessung dieser Leiterzulage verfügt worden sei, sei dieser hinsichtlich der Rückforderung der Leiterzulage aufzuheben.

Mit Bescheid vom 7. Februar 2006 sprach das Kommando Landstreitkräfte aus, dass dem Beschwerdeführer für die Dauer seiner wechselweisen Verwendung als Kommandant des LWSR 13 (ab 1. April 1994 Jägerregiment, danach Jägerbataillons 19 - im Folgenden wird für diese Einheit ungeachtet der geänderten Bezeichnung die Kurzbezeichnung LWSR verwendet) und Kommandant AssEBaon Süd vom 1. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 eine Verwendungszulage nach § 121 Abs. 1 Z. 3 GehG in der Höhe von dreieinhalb Vorrückungsbeträgen seiner Dienstklasse (DKI VII) gebühre. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, gemäß § 13a Abs. 1 iVm Abs. 3 GehG, die in der Zeit vom 1. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 auf Grund einer unrichtigen Anwendung der Bestimmung über die Verwendungszulage gemäß § 30a Abs. 1 Z. 3 und Abs. 5 iVm § 75 Abs. 2 GehG, zu Unrecht empfangene Leistungen in der Höhe von ATS 66.848,04 (EUR 4.858,04) dem Bund zu ersetzen.

Begründend wurde dazu neben der Darstellung des bisherigen Verwaltungsgeschehens und der maßgeblichen Rechtslage im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer sei ab 1. Juli 1990 als Kommandant des LWSR 13 verwendet worden. Auf Grund dieser Einteilung habe man dem Beschwerdeführer ab diesem Zeitpunkt eine Verwendungszulage für Führungsaufgaben gemäß § 30a Abs. 1 Z. 3 und Abs. 5 iVm § 75 Abs. 2 GehG in der Höhe von 27 vH der GehSt 2 der DKI V des Gehaltes der Beamten der Allgemeinen Verwaltung zuerkannt. Da der Beschwerdeführer am 1. Jänner 1992 in die DKI VII ernannt worden sei, habe die Verwendungszulage neu bemessen werden müssen. Mit Dienstrechtsmandat des KpsKdo I vom 2. April 1992 sei die Verwendungszulage mit drei Vorrückungsbeträgen der DKI VII festgesetzt worden. Auf Grund des Antrages des Beschwerdeführers vom 22. November 1999 sei ihm mit Dienstrechtsmandat des KpsKdo I vom 14. Mai 1992 von 1. November 1991 bis 30. Juni 1992 die Verwendungszulage für Führungsaufgaben gemäß § 30a Abs. 1 Z. 3 und Abs. 5 iVm § 75 Abs. 2 leg. cit. in der Höhe von 36 vH der GehSt 2 der DKI V des Gehaltes der Beamten der Allgemeinen Verwaltung zuerkannt worden. Mit dieser Zulage seien alle vom Beschwerdeführer im Rahmen seiner Tätigkeit als Kommandant AssEBaon Süd erbrachten quantitativen Mehrleistungen abgegolten worden. Am 30. Juni 1992 habe der Einsatz des Beschwerdeführers als Kommandant AssEBaon Süd geendet. Ab Juli 1992 sei der Beschwerdeführer im Regelfall neben

seiner Tätigkeit als Kommandant des LWSR 13 in der Dauer von jeweils etwa 15 Tagen pro Monat (erstmals ab 16. Juli 1992) als Kommandant AssEBAon Süd verwendet worden. Eine Neubemessung oder Einstellung der Verwendungszulage als Kommandant AssEBAon Süd sei nicht erfolgt. Ungeachtet dieser Mischverwendung habe der Beschwerdeführer für die Dauer von 1. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 an Stelle von drei Vorrückungsbeträgen der DKI VII nach wie vor die Leiterzulage als Kommandant AssEBAon Süd in der Höhe von 36 v.H der GehSt 2 der DKI V der Beamten der Allgemeinen Verwaltung weiter ausbezahlt bekommen. Insgesamt sei der Beschwerdeführer gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Wehrgesetz 1990, BGBl. Nr. 305, an folgenden Tagen als Kommandant AssEBAon Süd in Dienstverwendung gewesen:

vom 16.07.92 bis 12.08.92

vom 16.09.92 bis 15.10.92

vom 01.11.92 bis 15.11.92

vom 01.12.92 bis 16.12.92

vom 01.01.93 bis 16.01.93

vom 01.02.93 bis 14.02.93

vom 01.03.93 bis 19.03.93

vom 05.04.93 bis 15.04.93

vom 01.05.93 bis 16.05.93

vom 01.06.93 bis 15.06.93

vom 16.07.93 bis 16.08.93

vom 01.09.93 bis 02.09.93

vom 04.09.93 bis 15.09.93

vom 16.10.93 bis 31.10.93

vom 11.11.93 bis 02.12.93

vom 18.12.93 bis 31.12.93

vom 17.01.94 bis 31.01.94

vom 15.02.94 bis 28.02.94

vom 17.03.94 bis 31.03.94

vom 16.04.94 bis 30.04.94

vom 16.05.94 bis 31.05.94

vom 13.06.94 bis 24.06.94

vom 21.09.94 bis 06.10.94

vom 23.11.94 bis 29.12.94

Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass die Verwendungszulage als Kommandant AssEBAon Süd in der Höhe von 36 vH der GehSt 2 der DKI V des Gehaltes der Beamten der Allgemeinen Verwaltung vier Vorrückungsbeträgen entspreche und die Verwendungszulage als Kommandant des LWSR 13 drei Vorrückungsbeträge betragen habe. Das Ausmaß der Verwendung habe sich die Waage gehalten, sodass im fraglichen Zeitraum jeweils die Hälfte der Zeit in den angeführten Verwendungen zugebracht worden seien. Es sei daher für den Zeitraum der wechselweisen Verwendung als Kommandant LWSR 13 und Kommandant AssEBAon Süd vom 1. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 eine Verwendungszulage im Ausmaß von dreieinhalb Vorrückungsbeträgen zu bemessen.

Ein Übergenuss könne dann zum Rückersatz vorgeschrieben werden, wenn der Beamte bei gehöriger Aufmerksamkeit zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Leistung hätte haben müssen und der Irrtum der auszahlenden Stelle jedenfalls erkennbar gewesen sei. Bei objektiver Betrachtung könne dem Vorbringen des Beschwerdeführers, den

Übergenuss im guten Glauben gemäß § 13a Abs. 1 GehG verbraucht zu haben, nicht gefolgt werden. Dem Beschwerdeführer hätte es nach objektiver Beurteilung auffallen müssen, dass sein Bezug - unabhängig von den Zeiträumen als Kommandant im Einsatz - immer gleich hoch gewesen sei. Darüber hinaus hätte ihm auf Grund seines Antrages um Zuerkennung einer erhöhten Verwendungszulage nur für seine Tätigkeit als Kommandant im Einsatz völlig klar sein müssen, dass die erhöhte Verwendungszulage nur für seine Tätigkeit als Kommandant im Einsatz gewährt werden sollte. Die unveränderte Höhe der Zulage bei gleichzeitiger Änderung des anspruchsbegründenden Sachverhaltes in quantitativer Hinsicht hätte beim Beschwerdeführer Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Höhe der Geldleistung auslösen müssen.

In seiner dagegen erhobenen Berufung führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, der Verwaltungsgerichtshof habe bereits im Erkenntnis vom 7. September 2005, Zi. 2004/12/0206, ausgeführt, dass die belangte Behörde ihrer Durchschnittsberechnung als höhere Komponente, die mit Dienstrechtsmandat vom 14. Mai 1992 festgesetzte Leiterzulage in der Höhe von 36 vH des Gehaltes der GehSt 2 der DKI V eines Beamten der Allgemeinen Verwaltung zu Grunde legen hätte müssen. Weiters habe es die Behörde verabsäumt, sich bei der Neubemessung mit den unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen als Leiter beider Verwendungen auseinander zu setzen und auch eine qualitative anstatt allein eine quantitative Durchschnittsbetrachtung vorzunehmen. Bei einer konkreten Auseinandersetzung zwischen diesen Leitertätigkeiten wäre die Behörde zum Schluss gekommen, dass das Ausmaß seiner höherwertigen Leitungsfunktion weit mehr als 50 % ausmache. Für die objektive Erkennbarkeit der Unrechtmäßigkeit der empfangenen Leistungen sei es wesentlich, ob es auf Grund der gegebenen Rechtslage in Verbindung mit dem Sachverhalt möglich und zumutbar gewesen wäre, den Umstand des Vorliegens eines Übergenusses zu erkennen. Genau diese Zumutbarkeit bzw. Möglichkeit sei in seinem Fall - zumal auch die Behörde zum wiederholten Male die Verwendungszulage nicht richtig berechnet habe - eindeutig nicht gegeben.

Mit Schreiben vom 10. April 2006 setzte die belangte Behörde den Beschwerdeführer vom Ergebnis der Beweisaufnahme in Kenntnis, wobei sie im Wesentlichen ausführte, dass derjenige, der das Kommando des AssEBAon Süd während jener Zeiten geführt habe, in denen der Beschwerdeführer dort nicht als Kommandant in Dienstverwendung gestanden sei, nach Maßgabe der damals herrschenden Weisungslage in dieser Verwendung die gleichen Aufgaben wie der Beschwerdeführer zu erfüllen gehabt habe und nicht berechtigt gewesen sei, Führungsaufgaben zu Lasten des Beschwerdeführers zurückzustellen. Es sei jeweils eine wechselseitige Übergabe bzw. Übernahme der Kommandoführung erfolgt. Das Ausmaß der Verwendung habe sich in etwa die Waage gehalten, sodass im fraglichen Zeitraum jeweils die Hälfte der Zeit in den jeweiligen Verwendungen verbracht worden sei. Es sei daher für den Zeitraum der wechselweisen Verwendung als Kommandant LWSR 13 und Kommandant AssEBAon Süd vom 1. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 bei der Bemessung der Verwendungszulage von einer Durchschnittsberechnung von 36 vH der GehSt 2 der DKI V und von drei Vorrückungsbeträgen der DKI VII der Beamten der Allgemeinen Verwaltung auszugehen. Die Berechnung des Übergenusses stelle sich wie folgt dar:

"1992

Die Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V des Gehaltes der Beamten der Allgemeinen Verwaltung betrug im Jahr 1992 ATS 21.282,-

-, 36 v.H. davon ergeben ATS 7.661,60.

Gehalt VII/1

ATS 30.707,--

Verwendungszulage

ATS 7.661,52

= 36 v.H. V/2

Dienstzulage

ATS 1.567,--

Truppendienstzulage

ATS 951,--

Hauhaltszulage

ATS 150,--

Monatsbezug

ATS 41.036,60

VII/1

ATS 30.707,--

VII/2

ATS 31.717,--

ATS 1.010,--

1 Vorrückungsbetrag

VII/3

ATS 32.722,--

ATS 1.005,--

1 Vorrückungsbetrag

VII/4

ATS 34.936,--

ATS 2.214,--

1 Vorrückungsbetrag

ATS 4.229,--

3 Vorrückungsbeträge VII

Es ergibt sich somit für das Jahr 1992 eine Differenz von ATS 1.716,26 (Durchschnitt von 36v.H. der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V und von drei Vorrückungsbeträgen der Dienstklasse VII) pro Monat.

Dies ergibt eine Summe von ATS 10.297,56 für Juli bis Dezember 1992 und mit anteiliger Sonderzahlung einen Übergenussbetrag von ATS 12.013,82.

1993

Die Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V des Gehaltes der Beamten der Allgemeinen Verwaltung betrug im Jahr 1993 ATS 22.123,-

-; 36 v.H. davon ergeben ATS 7.964,28.

Gehalt VII/1

ATS 31.920,--

Verwendungszulage

ATS 7.964,28

= 36 v.H. V/2

Dienstzulage

ATS 1.629,--

Truppendienstzulage

ATS 989,--

Hauhaltszulage

ATS 150,--

Monatsbezug

ATS 42.652,20

VII/1

ATS 31.920,--

VII/2

ATS 32.970,--

ATS 1.050,--

1 Vorrückungsbetrag

VII/3

ATS 34.015,--

ATS 1.045,--

1 Vorrückungsbetrag

VII/4

ATS 36.316,--

ATS 2.301,--

1 Vorrückungsbetrag

ATS 4.396,--

3 Vorrückungsbeträge VII

Es ergibt sich somit für das Jahr 1993 eine Differenz von ATS 1.784,14 (Durchschnitt von 36v.H. der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V und von drei Vorrückungsbeträgen der Dienstklasse VII) pro Monat.

Dies ergibt eine Summe von ATS 21.409,68 für Jänner bis Dezember 1993 und mit anteiliger Sonderzahlung einen

Übergenussbetrag von ATS 24.977,96.

1994

Die Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V des Gehaltes der Beamten der Allgemeinen Verwaltung betrug im Jahr 1994 ATS 22.687,-

-; 36 v.H. davon ergeben ATS 8.167,32.

Gehalt VII/2

ATS 33.811,--

Verwendungszulage

ATS 8.167,32

= 36 v.H. V/2

Dienstzulage

ATS 1.671,--

Truppendifenzulage

ATS 1.014,--

Hauhaltszulage

ATS 150,--

Monatsbezug

ATS 44.813,32

VII/1

ATS 33.811,--

VII/2

ATS 34.882,--

ATS 1.071,--

1 Vorrückungsbetrag

VII/3

ATS 37.242,--

ATS 2.360,--

1 Vorrückungsbetrag

VII/4

ATS 39.602,--

ATS 2.360,--

## 1 Vorrückungsbetrag

ATS 5.791,--

## 3 Vorrückungsbeträge VII

Es ergibt sich somit für das Jahr 1994 eine Differenz von ATS 1.188,16 (Durchschnitt von 36v.H. der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V und von drei Vorrückungsbeträgen der Dienstklasse VII) pro Monat.

Dies ergibt eine Summe von ATS 14.257,92 für Jänner bis Dezember 1994 und mit anteiliger Sonderzahlung einen Übergenussbetrag von ATS 16.634,24.

Insgesamt ist daher für die Dauer von Juli 1992 bis Dezember 1994 hinsichtlich der Verwendungszulage im Sinne der oben angeführten Neubemessung von einem Übergenuss in der Höhe von brutto ATS 53.626,02 (ATS 12.013,82 plus ATS 24.977,96 plus ATS 16.634,24) auszugehen.

Dies entspricht einen Betrag von EUR 3.897,15"

In seiner dagegen erhobenen Stellungnahme vom 25. April 2006 führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, die Behörde übersehe bei rein quantitativer Betrachtung der beiden Tätigkeiten, dass jede Leiterzulage primär die qualitative Komponente der Führungsfunktion abdecke und die quantitative Komponente (zeitliche Mehrleistung) lediglich ein zusätzliches (in der Regel untergeordnetes) Bemessungskriterium darstelle. Mit den chronologischen Ablösebefehlen des Militärkommandos Burgenland sei die damalige vierwöchige Einteilung zur Führung des AssEBAon Süd immer an das Kommando LWSR 13 parallel zum normalen "Friedensbetrieb" (Ausbildung, Verwaltung, etc.) erfolgt. Das Kommando AssE sei in der TURBA-Kaserne Pinkafeld, Sitz des "orgplanmäßigen" Friedensverbandes, disloziert. Zur gerechten Behandlung und gleichmäßigen Belastung des zum AssE eingeteilten Kaders sei kommandointern eine Teilung des AssE-Zeitraumes und eine Einteilung im 14-tägigen Rhythmus erfolgt. Die eingeteilten Offiziere, Unteroffiziere, Chargen und Wehrmänner einschließlich seines Stellvertreters hätten für diesen Zeitraum die Einsatzzulage erhalten, hätten aber auch parallel ihre friedensmäßigen Aufgaben im Verband zu erledigen gehabt. Einzig diese wären in der Lage gewesen, jeweils den 4. Einsatztag ("Tag ohne dienstliche Inanspruchnahme") zu konsumieren, den er nie beansprucht hätte, weil er auch durchgehend Kommandant seines Verbandes geblieben sei. Eine Übergabe seines "Friedenskommandos" bzw. (seiner) "Friedensverantwortung" an einen Stellvertreter sei nie erfolgt. Bei einer qualitativen und nicht nur rein quantitativen Betrachtung dieser Mischverwendung müsse die Behörde zum Schluss kommen, dass die ihm ausbezahlte Zulage für den gegenständlichen Zeitraum (in der Höhe von 36 vH der GehSt 2 der DKI V) für das gesamte Monat für seine Tätigkeit gebühre, weshalb kein Übergenuss entstanden sei.

Am 19. Mai 2006 erließ die belangte Behörde den nunmehr angefochtenen Bescheid, dessen Spruch wie folgt lautet:

"Ihrer gegen den Bescheid des Kommando Landstreitkräfte vom 07. Februar 2007, ..., eingebrachten Berufung wird teilweise stattgegeben und der angefochtene Bescheid wie folgt geändert:

Es wird Ihnen für die Dauer Ihrer wechselweisen Verwendung als Kommandant Landwehrstammregiment 13 (ab 01. April 1994 Jägerregiment 1) und als Kommandant Assistenzeinsatzbataillon Süd vom 01. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 eine Verwendungszulage, die dem Durchschnitt aus 36 v.H. der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V und aus drei Vorrückungsbeträgen der Dienstklasse VII der Beamten der Allgemeinen Verwaltung entspricht, bemessen.

Gleichzeitig werden Sie dazu verpflichtet, die in der Zeit vom 01. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 auf Grund einer unrichtigen Anwendung der Bestimmungen über die Verwendungszulage zu Unrecht empfangenen Leistungen (Übergenüsse) in der Höhe von ATS 53.626,02 (...) - dies entspricht einem Betrag von EUR 3.897,15 (...) dem Bund zu ersetzen."

Begründend wurde dazu nach der Darstellung des bisherigen Verwaltungsgeschehens und der maßgeblichen Rechtslage im Wesentlichen ausgeführt, im vorliegenden Fall sei die Höhe der Leiterzulage in der Mischverwendung des Beschwerdeführers neu zu bemessen gewesen, um die Höhe des Übergenusses bestimmen zu können, weil mit der ab 1. Juli 1992 erfolgten Mischverwendung eine für die Bemessung der Leiterzulage wesentliche Änderung des

Sachverhaltes stattgefunden habe. Das ab 1. Juli 1992 gegebene unterschiedliche zeitliche Ausmaß der mit der jeweiligen Führungsfunktion verbundenen Führungsverantwortung sei ein Faktor, auf den nunmehr bei der Zulagenbemessung Bedacht zu nehmen sei, weshalb infolge der Unterschiedlichkeit der verschiedenen Führungsfunktionen und des Ausmaßes der Wahrnehmung eine entsprechende Anpassung der Leiterzulage erfolgen müsse. Das Ausmaß der Verwendung habe sich in etwa die Waage gehalten, sodass im fraglichen Zeitraum jeweils die Hälfte der Zeit in den jeweiligen Verwendungen zugebracht worden sei. Dies werde auch durch die Aussage des Beschwerdeführers, die wechselweisen Verwendungen seien im 14-tägigen Rhythmus erfolgt, bekräftigt. Derjenige, der das Kommando des AssEBAon Süd während jener Zeiten geführt habe, in denen der Beschwerdeführer dort nicht als Kommandant in Dienstverwendung gestanden sei, habe nach Maßgabe der damals herrschenden Weisungslage in dieser Verwendung die gleichen Aufgaben wie der Beschwerdeführer in dieser Kommandofunktion zu erfüllen und er sei auch nicht berechtigt gewesen, Führungsaufgaben zu Lasten des Beschwerdeführers zurückzustellen. Es sei jeweils eine wechselweise Übergabe- bzw. Übernahme der Kommandoführung erfolgt. Unter Zugrundelegung dieser Umstände und der Dienstrechtsmandate des KpsKdo I vom 2. April 1992 bzw. vom 14. Mai 1992, mit denen für die Verwendung als Kommandant LWSR 13 drei Vorrückungsbeträge der DKI VII und für die Verwendung als Kommandant AssEBAon Süd eine Leiterzulage mit 36 vH des Gehaltes der GehSt 2 der DKI V der Beamten der Allgemeinen Verwaltung zuerkannt worden seien, sei für den Zeitraum der wechselweisen Verwendung vom 1. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 bei der Bemessung der Verwendungszulage von einer Durchschnittsberechnung von 36 vH der GehSt 2 der DKI V und von drei Vorrückungsbeträgen der DKI VII der Beamten der Allgemeinen Verwaltung auszugehen. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, man habe übersehen, dass jede Leiterzulage primär die qualitative Komponente der Führungsfunktion abdecke, sei festzuhalten, dass man sich dieses Umstandes bewusst sei. Diesbezüglich sei bei der Bemessung der Zulage an Stelle der von der erstinstanzlichen Behörde für die Dauer der Verwendung des Beschwerdeführers als Kommandant AssEBAon Süd zu Grunde gelegten vier Vorrückungsbeträgen nunmehr 36 vH des Gehaltes der GehSt 2 der DKI V - und somit ein höherer Betrag - veranschlagt worden. Dieser entspreche auch dem Dienstrechtsmandat vom 14. Mai 1992 zwecks Abgeltung der Mehrleistungen im Rahmen der Tätigkeit als Kommandant AssEBAon Süd. Allfällige quantitative Mehrleistungen während des Einsatzes als Kommandant AssEBAon Süd seien bei der Bemessung der Leiterzulage im Hinblick auf den gleichzeitigen Bezug der Einsatzzulage außer Betracht zu lassen.

Soweit der Beschwerdeführer behauptete, während seiner Einteilung als Kommandant AssEBAon Süd zusätzlich Tätigkeiten der Führungsfunktion des LWSR 13 wahrgenommen zu haben, sei dazu festzuhalten, dass diesbezüglich kein dienstlicher Auftrag bestanden habe und eine in diesem Zusammenhang allenfalls ausgeübte Tätigkeit somit auf freiwilliger Basis erfolgt sei. Dass der Beschwerdeführer einen Stellvertreter als Kommandant LWSR 13 gehabt habe, habe er nicht bestritten, sondern in seiner Stellungnahme vom 25. April 2006 sogar darauf hingewiesen. Dieser habe ihn für die Dauer seiner Abwesenheit, sei es aus gesundheitlichen Gründen, sei es für die Dauer eines Erholungsurlaubes oder eben während seiner Einteilung als Kommandant AssEBAon Süd zu vertreten und seine Aufgaben wahrzunehmen gehabt.

Dem Beschwerdeführer sei eine durchgehende Verwendungszulage als Kommandant AssEBAon Süd für den Zeitraum 1. Juli 1992 bis 31. Dezember 1994 weder vom Gesetz zugestanden, noch mit Bescheid verfügt worden, sodass eine zu Unrecht empfangene Leistung vorliege. Ein Übergenuss könne zum Rückersatz vorgeschrieben werden, wenn der Beamte bei gehöriger Aufmerksamkeit Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Leistung hätte haben müssen und der Irrtum der auszahlenden Stelle erkennbar gewesen sei. Das Vorbringen, es sei für die objektive Erkennbarkeit der Unrechtmäßigkeit der empfangenen Leistung nicht entscheidend, ob man in Besoldungsfragen gebildet sei, sei zwar grundsätzlich korrekt, jedoch hätte es dem Beschwerdeführer nach objektiver Beurteilung auffallen müssen, dass sein Bezug - unabhängig von den Zeiträumen seiner Verwendung als Kommandant im Einsatz - immer gleich hoch gewesen sei. Darüber hinaus hätte dem Beschwerdeführer auf Grund seines Antrages um Zuerkennung einer erhöhten Verwendungszulage als Kommandant im Einsatz völlig klar sein müssen, dass die erhöhte Verwendungszulage nur für seine Tätigkeit als Kommandant im Einsatz gewährt werden sollte. Dem Beschwerdeführer hätte auffallen müssen, dass auf seinem Gehaltszettel auch nach dem Juli 1992 keine Änderung eingetreten sei, obwohl er ab diesem Zeitpunkt nur mehr jeweils durchschnittlich einen halben Monat im Einsatz als Kommandant verwendet worden sei. Diese unveränderte Höhe der Zulage bei gleichzeitiger Änderung des anspruchsgrundlegenden Sachverhaltes in quantitativer Hinsicht hätte beim Beschwerdeführer "als einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen" Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Höhe einer Geldleistung auslösen müssen. Es sei richtig, dass auch die

Dienstbehörde mit ihren besonders ausgebildeten Fachorganen und trotz mehrfacher Kontrollen den Übergenuss nicht erkannt habe. Dies enthebe den Beschwerdeführer aber nicht davon, beim Vorliegen von Zweifeln eine Überprüfung seines Monatsbezuges zu erwirken.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht 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:

Zur maßgeblichen Rechtslage wird auf deren ausführliche Darstellung in den bereits zitierten hg. Erkenntnissen vom 26. Mai 2003, ZI. 2000/12/0264, und vom 7. September 2005, ZI. 2004/12/0206, verwiesen.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften bringt der Beschwerdeführer vor, die belangte Behörde gehe im angefochtenen Bescheid davon aus, dass sich beide Kommandantentätigkeiten "in etwa die Waage" gehalten hätten. Er habe demgegenüber geltend gemacht, dass er die Tätigkeit als Kommandant des AssEBAon Süd zu mehr als 50 % ausgeübt habe. Weiters seien im angefochtenen Bescheid Formulierungen der Begründung des VwGH-Erkenntnisses in Feststellungen umgewandelt worden. So werde im angefochtenen Bescheid ohne jede Konkretisierung und Angabe von Beweismittel ausgeführt, dass derjenige, der das Kommando des AssEBAon Süd während jener Zeiten geführt habe, in denen er dort nicht als Kommandant in Dienstverwendung gestanden sei, nach Maßgabe der damals herrschenden Weisungslage in dieser Verwendung die gleichen Aufgaben wie er in dieser Kommandantenfunktion zu erfüllen gehabt hätte und auch nicht berechtigt gewesen sei, Führungsaufgaben zu seinen Lasten zurückzustellen. Um dies beurteilen zu können, hätte die belangte Behörde konkrete Feststellungen über die damals gültige Weisungslage bzw. über die tatsächliche Vorgangsweise treffen müssen und sodann Überlegungen dazu anzustellen gehabt, inwieweit diese mit der Weisungslage in Übereinstimmung gestanden sei oder durch (zumindest konkordante) Zustimmung von Vorgesetzten gedeckt gewesen sei. Weiters habe er bereits in seiner Stellungnahme vom 25. April 2006 ausgeführt, dass er die Tätigkeit als Regimentskommandant ohne Übergabe an einen Vertreter neben seiner Funktion als Kommandant des AssEBAon Süd vollwertig weitergeführt habe. Auch auf die Möglichkeit, jeden vierten Einsatztag als "Tag ohne dienstliche Inanspruchnahme" zu konsumieren habe er verzichtet, weil er durchgehend Regimentskommandant geblieben sei und dies für die Vorgesetzten voll erkennbar gewesen sei.

Mit diesen Verfahrensrügen zeigt der Beschwerdeführer erfolgreich eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

So sind auch im Dienstrechtsverfahren ergehende Bescheide, sofern es sich nicht um Dienstrechtsmandate handelt oder die Voraussetzungen des § 10 des Dienstrechtsverfahrensgesetzes vorliegen, entsprechend den Vorschriften der §§ 58 Abs. 2 und 60 AVG zu begründen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Begründungspflicht der Behörde nach § 60 AVG muss die Begründung eines Bescheides erkennen lassen, welcher Sachverhalt der Entscheidung zu Grunde gelegt wurde, aus welchen Erwägungen die Behörde zur Ansicht gelangt ist, dass gerade dieser Sachverhalt vorliegt und aus welchen Gründen die Behörde die Subsumtion des Sachverhaltes unter einen bestimmten Tatbestand für zutreffend erachtet hat; des Weiteren muss aus der Begründung des Bescheides hervorgehen, ob die Behörde die Grundlage ihrer Entscheidung in einem einwandfreien Verfahren gewonnen hat und ob die von der Behörde gezogenen Schlüsse dem Gesetz folgerichtigen Denkens entsprechen. Zu einer lückenlosen Begründung gehört nicht nur die Feststellung des Sachverhaltes, sondern auch die Anführung der Beweismittel (im Einzelnen), auf die die Feststellungen gegründet werden (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 28. September 1992, ZI. 92/10/0101).

Wie der Beschwerdeführer zu Recht rügt, unterlässt es die belangte Behörde im vorliegenden Fall die Beweismittel anzuführen, auf die sie ihre Feststellungen stützt. So führt die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid lediglich aus, dass der Beschwerdeführer die Tätigkeit als Kommandant des AssEBAon Süd zu 50 % ausgeübt habe und dass der Kommandant der das Kommando des AssEBAon Süd während jener Zeiten geführt habe, in denen er dort nicht als Kommandant in Dienstverwendung gestanden sei, nach Maßgabe der damals herrschenden Weisungslage in dieser Verwendung die gleichen Aufgaben wie er in dieser Kommandantenfunktion zu erfüllen gehabt hätte und auch nicht berechtigt gewesen sei, Führungsaufgaben zu seinen Lasten zurückzustellen. Auf welche Beweismittel diese

Feststellungen beruhen, wird im angefochtenen Bescheid jedoch nicht näher dargelegt. Die Nachholung der Begründung in der Gegenschrift der belangten Behörde ersetzt die der Behörde obliegende Verpflichtung, Parteiengehör zu gewähren und den Bescheid zu begründen nicht (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. Oktober 2000, ZI. 99/17/0193, und vom 17. Oktober 1997, ZI. 97/19/1082).

Da sich dem angefochtenen Bescheid somit nicht entnehmen lässt wie die belangte Behörde zur Feststellung des von ihr als maßgebend angenommenen Sachverhaltes gekommen ist, liegt ein wesentlicher Begründungsmangel vor, da der Verwaltungsgerichtshof an der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides gehindert ist.

Weiters ist festzuhalten, dass die belangte Behörde im Hinblick auf das Vorbringen des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 25. April 2006, er habe während seiner Einteilung als Kommandant des AssEBaon Süd nebenbei zusätzlich die Führungsfunktion des LWSR 13 wahrgenommen, ohne dem Beschwerdeführer hierzu Parteiengehör zu gewähren, ausgeführt, dass diesbezüglich kein dienstlicher Auftrag bestanden habe, sodass eine allenfalls in diesem Zusammenhang erbrachte Tätigkeit auf freiwilliger Basis erfolgt wäre.

Der Beschwerdeführer bringt nun in seiner Beschwerde vor, dass er die Regimentstätigkeit im Wesentlichen voll ausfüllt habe und dies auch nicht "heimlich", sondern mit Wissen bzw. mit konkludenter Zustimmung der maßgeblichen Vorgesetzten.

Sollte dieses - im Hinblick auf die dargelegte Verabsäumung der Einräumung von Parteiengehör keine unbedeutliche Neuerung darstellende - Vorbringen des Beschwerdeführers zutreffen, so wäre im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen, dass die belangte Behörde zu einem anderen für den Beschwerdeführer günstigeren Ergebnis gelangen würde.

Aus diesen Erwägungen war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 28. März 2007

#### **Schlagworte**

Begründung Begründungsmangel Begründungspflicht Beweiswürdigung und Beweismittel Allgemein Spruch und Begründung

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

ECLI:AT:VWGH:2007:2006120115.X00

#### **Im RIS seit**

22.05.2007

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

© 2026 JUSLINE

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

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