

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/10/3 W128 2179534-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.10.2019

## Entscheidungsdatum

03.10.2019

## Norm

AZHG §1 Abs1  
AZHG §1 Abs2 Z1  
AZHG §1 Abs4  
B-VG Art. 133 Abs4  
GehG §13a Abs1  
GehG §19a  
GehG §19b  
VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W128 2179534-1/3E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Michael FUCHS-ROBETIN als Einzelrichter über die Beschwerde von Vzlt XXXX gegen den Bescheid des Kommando Luftstreitkräfte vom 16.10.2017, Zl. P911966/24-KdoLuSK/A1/2017, zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem bekämpften Bescheid wurde ausgesprochen, dass dem Beschwerdeführer für die im Zeitraum von Juli 2013 bis April 2016 geleisteten Flugminuten im Zuge von Auslandsverwendungen nach § 1 Z 1 des Bundesverfassungsgesetzes über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland (KSE-BVG), BGBl. I Nr. 38/1997, iVm § 1 Auslandszulagen- und -hilfeleistungsgesetz (AZHG), BGBl. I Nr.

66/1999, idF BGB1. Nr. 140/2011 keine finanzielle Abgeltung nach §§ 19a und 19b Gehaltsgesetz 1956 (GehG), BGB1. Nr. 54/1956, idF BGB1. Nr. 130/2003 gebührte. Die Rückforderung der zu Unrecht bezogenen fallweisen Nebengebühren erstreckte sich gem. § 13b Gehaltsgesetz 1956 (GehG), BGB1. Nr. 54/1956, idF BGB1. Nr. 318/1973 rückwirkend bis März 2014. Der Beschwerdeführer habe den Betrag von brutto EUR 2.436,29 zu Unrecht bezogen und sei gem. § 13a Abs. 1 Gehaltsgesetz 1956, BGB1. Nr. 54/1956, idF BGB1. I Nr. 147/2008 dem Bund gegenüber zum Ersatz des Übergenusses verpflichtet.

Begründend wurde ausgeführt, dass aus der derzeit gültigen Rechtslage klar hervorgehe, dass gemäß § 1 Abs. 2 AZHG keine fallweisen Nebengebühren, während des Bezuges einer Auslandszulage nach § 1 Abs. 1 Z 1 bis 3 AZHG anfallen könnten. Diese fielen ausschließlich während des Bezuges einer Auslandszulage nach § 1 Abs. 1 Z 4 AZHG, das heiße bei Entsendungen zu Übungen und Ausbildungsmaßnahmen zur militärischen Landesverteidigung gemäß § 1 Z 2 KSE-BVG an. Mit Bescheid vom 25.09.1998 sei dem Beschwerdeführer mitgeteilt worden, dass ihm mit Wirksamkeit vom 01.07.1998 eine pauschalierte Erschwerniszulage gemäß § 19a in Verbindung mit § 15 Abs. 2 des GehG, BGB1. Nr. 54, in der Fassung des Bundesgesetzes BGB1. Nr. 288/1988, pro Flugminute in der Höhe von 0,01468 vH, jedoch höchstens monatlich 7,34 vH, jeweils des Gehaltes der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V (einschließlich allfälliger Teuerungszulagen) der Beamten der Allgemeinen Verwaltung und eine pauschalierte Gefahrenzulage gemäß § 19b, in Verbindung mit § 15 Abs. 2 des GehG, BGB1. Nr. 54, in der Fassung des Bundesgesetzes BGB1. Nr. 288/1988, pro Flugminute in der Höhe von 0,01067 vH, jedoch höchstens monatlich 6,67 vH des Gehaltes der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V (einschließlich allfälliger Teuerungszulagen) der Beamten der Allgemeinen Verwaltung im Sinne des Erlasses des BMLV vom 28.09.1994, Zahl 23.700/1-2.1/94, für Warte-, Prüf- und Werkmeister auf Abnahme- oder Werkstattflügen, bei Verwendung unter Einsatzbedingungen, auf die Dauer der anspruchsbegründenden Voraussetzungen gewährt werde. Mit Erlass des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport (BMLVS) vom 10.05.2010, GZ S91334/1-PersA/2010 (VBl. I 104/2010), Teil D würden die fallweisen Nebengebühren für nicht ständig fliegerisches Personal geregelt, wobei es sich dabei nicht um einen monatlichen Pauschalbetrag, sondern um einen Pauschalbetrag pro Anlassfall (= pro Flugminute), der lediglich mit einem Maximalbetrag gedeckelt sei, handle. Eine solche monatliche Deckelung sei nicht mit einer monatlichen Pauschale gleichzusetzen. Fallweise Nebengebühren seien auch daran zu erkennen, dass sie erst im Nachhinein im Anlassfall ausbezahlt würden. Gemäß § 15 Abs. 2 GehG 1956 könnten u.a. die Erschwerniszulage und die Gefahrenzulage pauschaliert werden, wenn die Dienstleistungen, die einen Anspruch auf eine solche Nebengebühr begründeten, dauernd oder so regelmäßig erbracht würden, dass die Ermittlung monatlicher Durchschnittswerte möglich sei (Einzelpauschale). Gemäß § 15 Abs. 4 GehG 1956 seien pauschalierte Nebengebühren mit dem jeweiligen Monatsbezug im Voraus zu bezahlen. Eine monatliche Pauschalierung gemäß § 15 Abs. 2 GehG 1956 der gegenständlichen Nebengebühren, für die anlassbezogene Teilnahme an Prüfflügen, sei nicht erfolgt und die monatlichen Abrechnungen der geleisteten Flugminuten immer im Nachhinein zur Abrechnung gebracht worden. Mangels Rechtsgrundlage seien daher die angeführten Leistungen zu Unrecht empfangen worden.

2. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde. Darin führt er aus, er sei der Meinung, das Geld in gutem Glauben, über Jahre erhalten, und verbraucht zu haben. Eine Belehrung über Verrechnung von Erschwernis- u. Gefahrenzulage bei Entsendungen ins Ausland, sei nie durchgeführt worden. Die Flugminuten seien genehmigt und von der Bezugsanweisenden Stelle zur Auszahlung gebracht worden. Alle beteiligten hätten geglaubt, rechtmäßig zu handeln.

3. Mit Schreiben vom 15.12.2017 wurden die gegenständliche Beschwerde samt den bezugshabenden Verwaltungsakten dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht als Berufsmilitärperson (Vizeleutnant) in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund.

Mit Bescheid vom 25.09.1998 wurde dem Beschwerdeführer mit Wirksamkeit vom 01.07.1998 eine "pauschalierte" Erschwerniszulage gemäß § 19a in Verbindung mit § 15 Abs. 2 des GehG, BGB1. Nr. 54, in der Fassung des Bundesgesetzes BGB1. Nr. 288/1988, pro Flugminute in der Höhe von 0,01468 vH, jedoch höchstens monatlich 7,34 vH, jeweils des Gehaltes der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V (einschließlich allfälliger Teuerungszulagen) der

Beamten der Allgemeinen Verwaltung und eine pauschalierte Gefahrenzulage gemäß § 19b, in Verbindung mit § 15 Abs. 2 des GehG, BGB1. Nr. 54, in der Fassung des Bundesgesetzes BGB1. Nr. 288/1988, pro Flugminute in der Höhe von 0,01067 vH, jedoch höchstens monatlich 6,67 vH des Gehaltes der Gehaltsstufe 2 der Dienstklasse V (einschließlich allfälliger Teuerungszulagen) der Beamten der Allgemeinen Verwaltung im Sinne des Erlasses des BMLV vom 28.09.1994, Zahl 23.700/1-2.1/94, für Warte-, Prüf- und Werkmeister auf Abnahme- oder Werkstattflügen, bei Verwendung unter Einsatzbedingungen, auf die Dauer der anspruchsbegründenden Voraussetzungen gewährt.

Die Auszahlung dieser Nebengebühren erfolgte monatlich im Nachhinein.

Im Zeitraum Juli 2013 bis April 2016 wurde der Beschwerdeführer aufgrund seiner Auslandseinsatz-Freiwilligenmeldung unregelmäßig zu Auslandsverwendungen in das Ausland (KSE-BVG) entsandt. Dabei gebührte ihm eine Auslandszulage gemäß § 1 Abs. 1 AZHG.

Aufgrund der Verjährungsbestimmungen des § 13b GehG erstreckt sich die Rückforderung der zu Unrecht bezogenen fallweisen Nebengebühren rückwirkend bis März 2014.

Die Höhe der zu Unrecht bezogenen Nebengebühren beträgt EUR 2.436,29.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Akt in Verbindung mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers und sind soweit unstrittig.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Eine derartige Regelung wird in den einschlägigen Materiengesetzen nicht getroffen und es liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

### 3.2. Zu A)

3.2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54/1956, § 13a in der Fassung BGBl. I Nr. 147/2008, § 15 in der Fassung BGBl. I Nr. 32/2015, §§ 19a und 19b in der Fassung BGBl. I Nr. 130/2003, lauten (auszugsweise):

"Ersatz zu Unrecht empfangener Leistungen

§ 13a. (1) Zu Unrecht empfangene Leistungen (Übergenüsse) sind, soweit sie nicht im guten Glauben empfangen worden sind, dem Bund zu ersetzen.

(2) Die rückforderbaren Leistungen sind durch Abzug von den aus dem Bundesdienstverhältnis gebührenden Leistungen hereinzubringen; [...]

(3) Die Verpflichtung zum Ersatz ist auf Verlangen mit Bescheid festzustellen.

[...]

Nebengebühren

§ 15. (1) Nebengebühren sind

[...]

8. die Erschwerniszulage (§ 19a),

9. die Gefahrenzulage (§ 19b),

[...]

(2) Die unter Abs. 1 Z 1, 4 bis 6 und 8 bis 11 angeführten Nebengebühren sowie die im Abs. 1 Z 3 angeführte Sonn- und Feiertagsvergütung können pauschaliert werden, 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).

[...]

(4) Pauschalierte Nebengebühren sind mit dem jeweiligen Monatsbezug im Voraus auszuführen.

(5) Ist der Beamte länger als einen Monat vom Dienst abwesend, ruht die pauschalierte Nebengebühr vom Beginn des letzten Tages dieser Frist an bis zum Ablauf des letzten Tages der Abwesenheit vom Dienst.

Zeiträume

1. eines Urlaubs, während dessen der Beamte den Anspruch auf Monatsbezüge behält, oder

2. einer Dienstverhinderung auf Grund eines Dienstunfalls

einschließlich unmittelbar daran anschließender dienstfreier Tage bleiben außer Betracht. Fallen Zeiträume nach Z 1 oder 2 in eine Abwesenheit im Sinne des ersten Satzes, verlängert sich die Monatsfrist oder verkürzt sich der Ruhenszeitraum im entsprechenden Ausmaß.

[...]

Erschwerniszulage

§ 19a. (1) Dem Beamten, der seinen Dienst unter besonderen körperlichen Anstrengungen oder sonstigen besonders erschwerten Umständen verrichten muss, gebührt eine Erschwerniszulage.

(2) Bei der Bemessung der Erschwerniszulage ist auf die Art und das Ausmaß der Erschwernis angemessen Rücksicht zu nehmen. Die Bemessung der Erschwerniszulage und ihre Pauschalierung bedürfen der Zustimmung des Bundeskanzlers.

Gefahrenzulage

§ 19b. (1) Dem Beamten, der Dienste verrichtet, die mit besonderen Gefahren für Gesundheit und Leben verbunden sind, gebührt eine Gefahrenzulage.

(2) Bei der Bemessung der Gefahrenzulage ist auf die Art und das Ausmaß der Gefahr angemessen Rücksicht zu nehmen. Die Bemessung der Gefahrenzulage und ihre Pauschalierung bedürfen der Zustimmung des Bundeskanzlers."

§ 1 Auslandszulagen- und -hilfeleistungsgesetz - AZHG, BGBl. I Nr. 66/1999 in der Fassung BGBl. I Nr. 140/2011, lautet (auszugsweise):

"§ 1. (1) Bediensteten des Bundes gebührt eine Auslandszulage für die Dauer

1. ihrer Entsendung zu einem Einsatz gemäß § 1 Z 1 lit. a bis c des Bundesverfassungsgesetzes über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland (KSE-BVG), BGBl. I Nr. 38/1997,

2. der inländischen Vor- und Nachbereitung ihrer Entsendung in unmittelbarem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zu einem Einsatz nach Z 1,

3. a) der sonstigen Vor- und Nachbereitung ihrer Entsendung in unmittelbarem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zu einem Einsatz nach Z 1 oder

b) ihrer Entsendung zu Übungen und Ausbildungsmaßnahmen gemäß § 1 Z 1 lit. d KSE-BVG,

4. ihrer Entsendung zu Übungen und Ausbildungsmaßnahmen gemäß § 1 Z 2 KSE-BVG.

(2) Auf Bedienstete, denen eine Auslandszulage auf Grund des Abs. 1 Z 1 bis 3 gebührt, sind während der Dauer dieses Anspruches

1. die §§ 16 bis 18, 19a bis 20b, 20d, 21, 82 bis 83, 144 und 145 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 (bei Vertragsbediensteten in Verbindung mit den §§ 22 Abs. 1 und 22a des Vertragsbedienstetengesetzes 1948, BGBl. Nr. 86),

2. [...]

3. [...]

nicht anzuwenden.

(3) [...]

(4) Durch die Auslandszulage werden bestehende Ansprüche auf monatlich pauschalierte Nebengebühren nach den §§ 18, 19a, 19b, 20, 82 und 83 des Gehaltsgesetzes 1956 nicht berührt, sofern die jeweils anspruchsbegründende Tätigkeit auch während des Zeitraumes weiter ausgeübt wird, für den eine Auslandszulage gebührt.

[...]"

3.2.2. Für die Beurteilung der Frage, ob dem Empfänger eines Betrags (eines Übergenusses), dessen Zahlung auf einen Irrtum der auszahlenden Stelle zurückgeht, Gutgläubigkeit zuzubilligen ist, kommt es - wie der Verwaltungsgerichtshof - in ständiger Rechtsprechung erkennt - nicht auf das subjektive Wissen des Leistungsempfängers, sondern auf die objektive Erkennbarkeit des Übergenusses (des Irrtums der auszahlenden Stelle) an. Demnach ist Gutgläubigkeit beim Empfang von Übergenüssen schon dann nicht mehr anzunehmen, wenn der Leistungsempfänger - nicht nach seinem subjektiven Wissen, sondern objektiv beurteilt - bei Anwendung eines durchschnittlichen Maßes an Sorgfalt an der Rechtmäßigkeit der ihm ausbezahlten Zahlungen auch nur hätte Zweifel haben müssen. Erfolgt die Leistung deshalb, weil die Anwendung der Norm, auf Grund derer die Leistung erfolgt ist, auf einem Irrtum der auszahlenden Stelle beruht, den der Leistungsempfänger weder erkannt noch veranlasst hat, so ist dieser Irrtum nur dann im genannten Sinn objektiv erkennbar (und damit eine Rückersatzverpflichtung zu bejahen), wenn der Irrtum in der offensichtlich falschen Anwendung einer Norm, deren Auslegung keine Schwierigkeiten bereitet, besteht. Ebenso reicht es für die Rückforderbarkeit nach § 13a Abs. 1 GehG aus, sollte die Behörde schlicht auf die Einstellung des technischen Vorgangs der Auszahlung vergessen haben, kommt es doch nach der Judikatur nur darauf an, dass der Irrtum der Behörde - in welcher Form auch immer sich dieser offenbart, sei es als schlichtes Vergessen oder als Ausdruck einer unrichtigen Auslegung oder Subsumtion - im Ergebnis die offensichtlich unrichtige Anwendung einer Norm (deren Auslegung keine Schwierigkeiten bereitet) zur Folge hat (siehe VwGH vom 11.04.2018, Ra 2017/12/0098).

3.2.3. Der Beschwerdeführer bestreitet in seiner Beschwerde nicht, dass er die Zulagen zu Unrecht bezogen habe, sondern vermeint, diese in gutem Glauben verbraucht zu haben. Es ist daher zu prüfen, ob der Irrtum, der zu deren Auszahlung geführt hat, im obgenannten Sinn objektiv erkennbar war.

Wenn - wie der VwGH in einem ähnlich gelagerten Verfahren bereits ausführt hat - sich weder aus dem Bescheid (hier vom 25.09.1998) noch aus dem Erlass des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport (vom 10.05.2010, GZ S91334/1-PersA/2010 (VBl. I 104/2010), Teil D) ableiten lässt, dass die pro Flugminute pauschalierte Erschwernis- und Gefahrenzulage für den Mitbeteiligten monatlich pauschaliert war, lässt sich schon aus dem unzweideutigen Wortlaut des § 1 AZHG zwanglos entnehmen, dass in diesem Fall die Ausnahme für monatlich pauschalierte Nebengebühren nach § 1 Abs. 4 AZHG von dem daher zu beachtenden generellen Ausschluss der Anwendung der §§ 19a und 19b GehG während der Gebührllichkeit einer der hier vorliegenden Auslandszulagen gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 AZHG nicht vorliegt.

Lässt sich daher bereits aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ableiten, dass nur monatlich pauschalierte Nebengebühren auch während des Bezugs einer Auslandszulage auf Grund des § 1 Abs. 1 Z 1 bis 3 AZHG zustehen, eine monatlich pauschalierte Nebengebühr im gegenständlichen Fall aber nicht gegeben war, war es bereits objektiv erkennbar, dass die Zahlung der nach Flugminuten bemessenen Gefahren- und Erschwerniszulage während des Auslandsaufenthalts nicht zu Recht erfolgte.

Da somit der Beschwerdeführer die in Frage stehenden Zulagen nicht im guten Glauben empfangen hat, ist die Beschwerde abzuweisen.

3.2.4. Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 EMRK noch Art. 47 GRC entgegenstehen.

Gemäß der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK kann eine mündliche Verhandlung unter bestimmten Voraussetzungen unterbleiben, etwa wenn der Fall auf der Grundlage der Akten und der schriftlichen Äußerungen der Parteien angemessen entschieden werden kann (EGMR 12.11.2002, 28.394/95, Döry vs. Schweden; 08.02.2005, 55.853/00, Miller vs. Schweden).

Da sich im vorliegenden Fall der Sachverhalt aus den Akten ergibt und auch unstrittig ist, kann von einer mündlichen Verhandlung, welche der Beschwerdeführer auch nicht beantragt hat, abgesehen werden. Insbesondere kommt es nicht auf das subjektive Wissen des Beschwerdeführers, sondern auf die objektive Erkennbarkeit des Übergenusses (des Irrtums der auszahlenden Stelle) an. Im Hinblick auf den hier vorliegenden Fall wurde dies durch die zitierte Vorjudikatur in ähnlich gelagerten Fällen hinreichend durch den Verwaltungsgerichtshof geklärt.

### 3.3. Zu B) (Un)Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen - unter Punkt 3.2. dargestellten - Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### **Schlagworte**

Auslandszulage, gutgläubiger Empfang, Irrtum, objektive Erkennbarkeit, pauschalierte Erschwerniszulage, pauschalierte Gefahrenzulage, pauschalierte Nebengebühr, Rückzahlungsverpflichtung, Übergenuss

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W128.2179534.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

07.04.2020

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

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