

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/7/2 97/12/0116

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.07.1997

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63 Allgemeines Dienstrecht und Besoldungsrecht;  
63/02 Gehaltsgesetz;  
63/06 Dienstrechtsverfahren;  
65/01 Allgemeines Pensionsrecht;

## Norm

AVG §38;  
AVG §56;  
BesoldungsreformG 1994 Abschn11;  
B-VG Art18 Abs2;  
DVG 1984 §2 Abs2;  
DVG 1984 §2 Abs5;  
DVG 1984 §2 Abs6;  
DwV 1981 §1 Abs1 Z24;  
GehG 1956 §142 Abs1 idF 1994/550;  
GehG 1956 §142 Abs4 idF 1994/550;  
GehG 1956 §161 Abs10;  
GehG 1956 §73b;  
PG 1965 §5 Abs1 idF 1995/297;  
PG 1965 §5 Abs1;

VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß, Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. S. Giendl, über die Beschwerde des J in B, vertreten durch Dr. R, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für Finanzen vom 4. Februar 1997, Zl. 55 5730/7-II/15/95, betreffend Ruhegeußbemessung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 12.830,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Der Beschwerdeführer steht als Bezirksinspektor in Ruhe seit 1. Juni 1995 in einem öffentlich-rechtlichen Ruhestandsverhältnis zum Bund. Er war zuletzt beim Zollamt B, Zweigstelle S, als Kassensführer tätig. Seine Ruhestandsversetzung erfolgte auf Grund seines Antrages mit Bescheid des Präsidenten der Finanzlandesdirektion für Oberösterreich (im folgenden FLD OÖ) vom 12. Mai 1995 gemäß § 14 Abs. 1 Z. 1 und 3 BDG 1979.

Mit Bescheid vom 25. Juli 1995 stellte das Bundesrechenamt gemäß §§ 3 bis 7 und 62b des Pensionsgesetzes 1965 (PG 1965) das Ausmaß des Ruhegenusses sowie gemäß § 12 leg. cit. die Höhe der Ruhegenußzulage aus der vom Beschwerdeführer bezogenen Wachdienstzulage fest. Bei der Ruhegenußbemessung wurde - offenbar auf Grund der von der FLD OÖ übermittelten Berechnungsunterlagen, in denen sich der Vermerk findet: "Kein Anspruch auf die Zulage gem. § 142 GG 1956. Grund: Änderung der Bewertung" - die vom Beschwerdeführer bis 1. Jänner 1995 bezogene Dienstzulage gemäß § 73b GG 1956 nicht berücksichtigt.

In seiner Berufung brachte der Beschwerdeführer vor, die ruhegenußfähige Dienstzulage nach § 142 GG 1956 (vor dem Besoldungsreform-Gesetz 1994: § 73b leg. cit.) müsse bei der Ermittlung des ruhegenußfähigen Monatsbezuges einbezogen werden. Diese Dienstzulage habe er nämlich noch im Zeitpunkt des Beginns seiner Dienstunfähigkeit (am 19. Dezember 1994) bezogen, die für seine Versetzung in den Ruhestand maßgebend gewesen sei, weshalb die Dienstzulage nach § 142 Abs. 4 GG 1956 (früher: § 73b Abs. 4 leg. cit.) auch der Bemessung seines Ruhegenusses zugrunde zu legen sei.

Nach Befassung der Dienstbehörde erster Instanz wies die belangte Behörde mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 4. Februar 1997 die Berufung ab und bestätigte den Bescheid der Behörde erster Instanz. Zur Dienstzulage nach § 142 Abs. 1 GG (früher: § 73b Abs. 1 in der bis zum 31. Dezember 1994 geltenden Fassung) wies die belangte Behörde in der Begründung darauf hin, der Beschwerdeführer sei seit 1. August 1985 bei der Zweigstelle S des Zollamtes B mit der Funktion des Kassensführers (frühere Funktionsbezeichnung bis 31. Jänner 1990: Rechnungsleger bzw. Rechnungsführer) betraut gewesen. Mit Bescheid der FLD OÖ vom 25. Oktober 1985 sei ihm mit Wirksamkeit vom 1. August 1985 für die Dauer dieser Verwendung die Dienstzulage gemäß § 73b GG 1956 in der Höhe von S 449,-- zuerkannt worden. Mit Erlaß vom 30. November 1994 - bei der FLD OÖ am 6. Dezember 1994 eingelangt - habe die belangte Behörde die Arbeitsplätze der Zollwache zum 1. November 1994 neu bewertet. Danach gehöre die Funktion eines Kassensführers bei der Zweigstelle S des Zollamtes B nicht mehr zu den in § 73b Abs. 2 Z. 5 genannten Richtverwendungen (Rechnungsleger in selbständigen Zollkassen). Der Beschwerdeführer habe daher seit 1. November 1994 keine Funktion mehr innegehabt, die einen Anspruch auf Zuerkennung einer Dienstzulage nach § 73b GG 1956 begründe. Da ihm mit dem Bescheid der FLD OÖ vom 25. Oktober 1985 die Dienstzulage befristet für die Dauer der Verwendung zuerkannt worden sei, habe der Beschwerdeführer ab 1. November 1994 darauf keinen Anspruch mehr gehabt. Der Umstand, daß dem Beschwerdeführer die Zulage tatsächlich erst ab 1. Jänner 1995 (dem der Übermittlung des Bewertungskataloges an die Dienstbehörde erster Instanz folgenden Monatsersten) eingestellt worden und von einer Rückforderung der in der Zwischenzeit in den Monaten November und Dezember 1994 ohne gültigen Titel bezogenen Dienstzulage nur im Hinblick auf dessen gutgläubigen Empfang Abstand genommen worden sei, ändere daran nichts. Wenn § 142 Abs. 4 (früher: § 73b Abs. 4) GG 1956 die Berücksichtigung der Dienstzulage bei der Bemessung des Ruhegenusses davon abhängig mache, daß diese am Beginn der Dienstunfähigkeit noch bezogen worden sei, sei darunter zweifellos nur der Bezug der Dienstzulage zu verstehen, auf die EIN ANSPRUCH bestanden habe (Unterstreichungen im Original). Wollte man lediglich auf den tatsächlichen Bezug der Dienstzulage abstellen, würde damit die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Anwendung dieser Bestimmung eröffnet. Der Anspruch des Beschwerdeführers habe aber, da die Neubewertung der Arbeitsplätze der Zollwache mit 1. November 1994 erfolgt sei, mit 31. Oktober 1994, damit aber VOR dem 19. Dezember 1994, dem Beginn der Dienstunfähigkeit des Beschwerdeführers, die für dessen Ruhestandsversetzung maßgebend gewesen sei, geendet. Die Dienstzulage sei daher bei Bemessung seines Ruhegenusses außer Betracht zu lassen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend gemacht wird.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem Recht auf Ruhegehalt in gesetzmäßiger Höhe nach dem PG 1965, insbesondere dessen § 5 Abs. 1 in Verbindung mit § 142 (vor allem dessen Abs. 4) GG 1956, durch unrichtige Anwendung dieser Normen verletzt.

In Ausführung dieses Beschwerdepunktes weist der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes darauf hin, § 142 GG 1956 in der Fassung des am 1. Jänner 1995 in Kraft getretenen Besoldungsreform-Gesetzes 1994 entspreche in allen maßgeblichen Belangen dem früheren § 73b leg. cit. Wenn er im folgenden auf § 142 GG 1956 Bezug nehme, sei damit jeweils § 73b GG 1956 mitzudenken, sodaß aus dem (unterschiedlichen) zeitlichen Geltungsbereich beider Bestimmungen keine Divergenz resultiere. Er stimme der Auffassung der belangten Behörde zu, daß § 142 Abs. 4 GG trotz seines Wortlautes nicht auf den tatsächlichen Bezug der Zulage, sondern auf den Rechtsanspruch abstelle, weil eine gleichheitskonforme Betrachtungsweise die Einbeziehung bei der Ruhegehaltbemessung auch dann verlange, wenn die Auszahlung der Dienstzulage gesetzwidrig unterblieben sei. Dem Verlust seiner ihm mit Bescheid der FLD OÖ vom 25. Oktober 1985 für die Dauer seiner Verwendung zuerkannten Dienstzulage ab 1. November 1994 leite die belangte Behörde ausschließlich aus der mit Ministerialerlaß vom 30. November 1994 erfolgten rechtlichen Neubewertung seiner Funktion ab, die demnach nicht mehr zu den Richtverwendungen im Sinne des Gesetzes zähle. Die unterstellte Voraussetzung, daß sich SEINE VERWENDUNG (Unterstreichung im Original) geändert habe, sei nicht erfüllt. Seine Verwendung als Kassenführer habe vielmehr unverändert fortgedauert; geändert sei lediglich die Bewertung seines Arbeitsplatzes worden. Mangels Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten bleibe noch zu prüfen, ob die "Postenabwertung" eine relevante Rechtsänderung darstelle. Die belangte Behörde bezeichne den für die Änderung der Bewertung maßgebenden Rechtsakt selbst als ERLAß (Unterstreichung im Original). Es handle sich daher nicht um einen Akt generell-normativer Rechtserzeugung. Auch sei ein individuell rechtsgestaltender Vorgang in Form eines Bescheides zweifellos nicht gegeben. Die belangte Behörde behaupte selbst keineswegs, einen Bescheid erlassen zu haben bzw. daß ihm der Erlaß auch nur zur Kenntnis gebracht worden sei. Der Erlaß könne daher allenfalls als eine Art Richtlinie für künftige Entscheidungen Bedeutung haben, er könne aber keinesfalls in die ihm bescheidmäßig zustehenden Rechte eingreifen. Das laut Zuerkennungsbescheid bestehende Erfordernis der Fortdauer der Verwendung als Kassenführer sei bis zum Eintritt der dauernden Dienstunfähigkeit (bis zum Beginn der Dienstunfähigkeit, die für seine Versetzung in den Ruhestand maßgebend gewesen sei) gegeben gewesen und die Dienstzulage daher ruhegehaltfähig geblieben.

Dem hält die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift im wesentlichen entgegen, für die Beurteilung der Frage, wie lange die Verwendung des Beschwerdeführers gedauert habe, sei die (Aktiv)Dienstbehörde, also die FLD OÖ zuständig. Diese habe auf Grund der mit Erlaß des BMF vom 30. November 1994, Zl. ZW-103/35-III/1/94, zum 1. November 1994 erfolgten Neubewertung der Arbeitsplätze der Zollwache dem Beschwerdeführer die Zulage eingestellt, weil dadurch nämlich seine Funktion nicht mehr mit W 2 Dienststufe 2 bis 3, sondern mit W 2 Dienststufe 1/2 bis 2, bewertet worden sei, was - so die zuständige Dienstbehörde - zur Folge gehabt hätte, daß diese Funktion nicht mehr zu den Richtverwendungen im Sinne des § 73b (§ 142) GG 1956 zähle. Im Hinblick auf die Gestaltung des Dienstzulagenbescheides der FLD OÖ aus 1985 habe die Wirksamkeit der Einstellung keines eigenen Bescheides bedurft. An diese Beurteilung der Rechtslage durch die zuständige (Aktiv)Dienstbehörde sei die belangte Behörde gebunden. Allerdings könnte der Beschwerdeführer bei seiner (Aktiv)Dienstbehörde die Erlassung eines Feststellungsbescheides über den Weiterbestand seines Anspruches auf die Dienstzulage über den 31. Oktober 1994 hinaus beantragen. Dies habe der Beschwerdeführer bisher unterlassen. Von der Abwertung der Funktion eines Kassenführers bei der Zweigstelle S mit November 1994 und der Folge, daß diese nicht mehr zu den in § 73b GG 1956 genannten Richtverwendungen zähle, sei der Beschwerdeführer mit Schreiben der FLD OÖ vom 14. Dezember 1994 unterrichtet worden. Weiters sei ihm mit diesem Schreiben mitgeteilt worden, daß "durch diese Änderung die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zuerkennung der Dienstzulage nicht mehr gegeben sei, sodaß diese unter Berücksichtigung des § 13a GG 1956 ab 1. Jänner 1995 eingestellt wurde". Den Erhalt dieses Schreibens habe der Beschwerdeführer durch seine Unterschrift auf dem Zustellnachweis vom 22. Dezember 1994 bestätigt. Er sei daher

über die Einstellung der Dienstzulage nach § 73b GG 1956 und über die Gründe informiert gewesen. Die belangte Behörde habe lediglich bei Ermittlung des ruhegenußfähigen Monatsbezuges zu prüfen gehabt, ob die Voraussetzungen des § 142 Abs. 4 GG 1956 vorlägen.

Die Beschwerde ist berechtigt.

Im Beschwerdefall ist ausschließlich strittig, ob die dem Beschwerdeführer mit Bescheid der FLD OÖ vom 25. Oktober 1985 für die Dauer seiner Verwendung als Rechnungsleger/Rechnungsführer bzw. als Kassenführer (Neubezeichnung der Funktion ab 1. Februar 1990) in seiner Dienststelle nach § 73b GG 1956 (in der Fassung vor dem Besoldungsreform-Gesetz 1994, BGBl. Nr. 550) zuerkannte Dienstzulage, die er bis zum 1. Jänner 1995 bezogen hat, bei der Bemessung des ruhegenußfähigen Monatsbezuges zu berücksichtigen ist oder nicht.

Vorab ist zu klären, welche Rechtslage anzuwenden ist.

Da Gegenstand des angefochtenen Bescheides die Ermittlung des dem Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit seiner Ruhestandsversetzung gebührenden Ruhegenusses ist, ist für die Klärung der im Beschwerdefall strittigen Ermittlungsgrundlage (ruhegenußfähiger Monatsbezug) jene Rechtslage maßgebend, die im Zeitpunkt des Wirksamkeitsbeginnes des Ruhestandes des Beschwerdeführers (hier: 1. Juni 1995) gegolten hat.

Gemäß § 5 Abs. 1 des Pensionsgesetzes 1965, BGBl. Nr. 340 in der Fassung des am 1. Mai 1995 in Kraft getretenen, im Beschwerdefall im Hinblick auf den Wirksamkeitsbeginn der Ruhestandsversetzung und mangels einer Übergangsbestimmung anzuwendenden Art. V Z. 2 des Strukturanpassungsgesetzes, BGBl. Nr. 297/1995, besteht der ruhegenußfähige Monatsbezug aus

1. dem Gehalt und 2. den als ruhegenußfähig erklärten Zulagen, die der besoldungsrechtlichen Stellung entsprechen, die der Beamte im Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Dienststand erreicht hat.

Von diesem in § 5 Abs. 1 PG 1965 normierten Grundsatz der Maßgeblichkeit der zuletzt im Dienststand erreichten besoldungsrechtlichen Stellung sieht der Gesetzgeber verschiedene Ausnahmen vor. Eine derartige Ausnahme enthält § 142 Abs. 4 GG 1956 für die in seinem Abs. 1 geregelte Dienstzulage - beide Bestimmungen jeweils in der Fassung des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBl. Nr. 550.

§ 142 GG 1956 lautet (auszugsweise):

"(1) Dem exekutivdiensttauglichen Wachebeamten der Verwendungsgruppe W 2, der eine in der Anlage 1 Z. 56.3 zum BDG 1979 angeführte Grundausbildung erfolgreich absolviert hat und ständig mit der Wahrnehmung der Aufgaben einer in Abs. 2 angeführten Richtverwendung oder einer gemäß Abs. 3 gleichzuhaltenden Verwendung betraut ist, ist für die Dauer der Betrauung mit dieser Verwendung eine ruhegenußfähige Dienstzulage von 610 S zuzuerkennen. Diese Dienstzulage ist auch dem exekutivdiensttauglichen Wachebeamten der Verwendungsgruppe W 1 zuzuerkennen. Die Zuerkennung bedarf der Zustimmung des Bundeskanzlers und des Bundesministers für Finanzen."

Absatz 2 enthält eine Umschreibung der Richtverwendungen im Sinne des Absatzes 1.

"(3) Den im Abs. 2 angeführten Richtverwendungen sind jene Verwendungen der Verwendungsgruppe W 2 gleichzuhalten, denen zumindest gleiche dienstliche Bedeutung zukommt und bei denen die mit der Ausübung verbundene Verantwortung zumindest jenes Maß an Verantwortung erreicht, das für die Ausübung einer im Abs. 2 angeführten Richtverwendung erforderlich ist.

(4) Die im Abs. 1 angeführte Dienstzulage ist auch dann der Bemessung des Ruhegenusses zugrunde zu legen, wenn sie der Beamte bis zum Beginn einer Dienstunfähigkeit bezogen hat, die für seine Versetzung in den Ruhestand maßgebend war."

(In Kraft getreten gemäß § 161 Abs. 10 GG 1956 in der Fassung des Besoldungsreform-Gesetzes 1994 am 1. Jänner 1995.)

§ 142 Abs. 4 GG 1956 ist im Beschwerdefall deshalb anzuwenden, weil für den Beschwerdeführer, der als Beamter der Besoldungsgruppe Wachebeamte Verwendungsgruppe W 2 nicht für das neue Besoldungssystem optiert hat, die besoldungsrechtlichen Übergangsbestimmungen des Abschnittes XI Unterabschnitt E "Wachebeamte" (§§ 138 ff GG 1956) im Zeitpunkt der Wirksamkeit seiner Ruhestandsversetzung gegolten haben.

Die im Abs. 4 des § 142 angesprochene Dienstzulage nach dessen Abs. 1 entspricht der Dienstzulage nach § 73b GG

1956 in der Fassung vor dem Besoldungsreform-Gesetz 1994. Da das Besoldungsreform-Gesetz 1994 die für die Nichtoptanten bisher bestehenden besoldungsrechtlichen Bestimmungen im wesentlichen unverändert im Abschnitt XI Übergangsbestimmungen übernommen hat (vgl. dazu die EB zur RV zum Besoldungsreform-Gesetz 1994, 1577 Blg. Sten. Prot. des NR, 18. GP, allgemein zu Art. II Z. 24, im besonderen zu den §§ 138 bis 145), gilt § 142 Abs. 4 GG 1956 in der Fassung BGBl. Nr. 550/1994 auch für den Fall, daß einem Beamten der Bezug einer Dienstzulage nach § 73b GG 1956 VOR dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Besoldungsreform-Gesetzes 1994 (1. Jänner 1995) eingestellt wurde, weil er wegen Eintritts der Dienstunfähigkeit nicht mehr in der anspruchsbegründenden Verwendung eingesetzt wurde und diese Dienstunfähigkeit maßgebend für seine NACH dem 1. Jänner 1995 erfolgte Ruhestandsversetzung gewesen ist. Dafür spricht auch, daß § 73b Abs. 4 eine dem nunmehrigen § 142 Abs. 4 GG 1956 in der Fassung BGBl. Nr. 550/1994 entsprechende Regelung enthielt.

Der Verwaltungsgerichtshof teilt auch die Auffassung der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, daß § 142 Abs. 4 GG 1956 - ungeachtet seines mißverständlichen Wortlautes - nicht auf den tatsächlichen Bezug der Dienstzulage abstellt. Maßgebend ist - wie der Verweis auf den Abs. 1 zeigt - das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung für deren "Bezug", also die Gebührlichkeit der Dienstzulage. Daher kommt auch der Tatsache, daß der Beschwerdeführer im Zeitpunkt seiner Dienstunfähigkeit (am 19. Dezember 1994), die unbestritten für seine Ruhestandsversetzung maßgeblich war, die Dienstzulage tatsächlich bezogen hat, für sich allein unter dem Gesichtspunkt des § 142 Abs. 4 GG 1956 keine rechtserhebliche Bedeutung zu.

Es trifft auch zu, daß der Anspruch (die Gebührlichkeit) einer wie im Beschwerdefall unbestritten durch Bescheid für die Dauer der Verwendung zuerkannten Dienstzulage nach § 73b GG 1956 erlischt, wenn die (anspruchsbegründende) Verwendung endet; der Eintritt dieser Rechtsfolge bedarf keiner bescheidförmigen Verfügung. Zutreffend hat die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift auch darauf hingewiesen, daß der Beschwerdeführer bei seiner (Aktiv)Dienstbehörde - das ist im Hinblick auf § 2 Abs. 2 und 5 DVG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Z. 24 und § 2 Z. 4 lit. a DWV 1981 und seiner letzten Dienststelle die FLD OÖ als Dienstbehörde erster Instanz bzw. die belangte Behörde als oberste Dienstbehörde - die Erlassung eines Feststellungsbescheides dazu beantragen kann, wann sein Anspruch auf die Dienstzulage erloschen ist. Ein derartiger Feststellungsbescheid der (Aktiv)Dienstbehörde würde auch die bei der Bemessung des Ruhegenusses des Beschwerdeführers gemäß § 2 Abs. 6 zweiter Satz DVG eingeschrittenen (Pensions)Dienstbehörden (Bundesrechenamt; Bundesminister für Finanzen) binden. Solange jedoch ein derartiger Feststellungsbescheid der (Aktiv)Dienstbehörde nicht erlassen wurde, steht es den nach § 2 Abs. 6 Satz 2 DVG in Angelegenheiten des besoldungsrechtlichen Geldanspruches zuständigen (Pensions)Dienstbehörden nach Maßgabe des auch im Dienstrechtsverfahren geltenden § 38 AVG zu, die für die Ermittlung der Richtigkeit maßgeblichen Vorfragen (hier:

Zeitpunkt des Endes der Gebührlichkeit einer Dienstzulage nach § 73b GG) selbständig zu beurteilen. Auch im Falle der in der Begründung vorzunehmenden Beurteilung dieser Vorfragen durch die (Pensions)Dienstbehörde hat aber der Beamte alle Rechtsschutzmöglichkeiten, wobei er dabei überprüfen lassen kann, ob die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 38 AVG gegeben sind, ob bei der Vorfragebeurteilung die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden und ob die in der Beurteilung der Vorfrage eingeschlossenen rechtlichen Wertungen zutreffen oder nicht: denn eine gesetzwidrige Beurteilung der Vorfrage hat die Rechtswidrigkeit der Entscheidung über die Hauptfrage zur Folge (VwSlg. Nr. 3974 A/1956; hg. Erkenntnis vom 18. September 1984, 84/07/0205, sowie vom 18. Februar 1993, 92/09/0106). Darüber hinaus hat die Vorfragenbeurteilung keine Rechtskraft und steht daher der Austragung dieser Frage als Hauptfrage vor der hiezu zuständigen Behörde (hier: Aktiv-Dienstbehörde) nicht im Weg (vgl. dazu die unter E 18 zu § 38 AVG bei Ringhofer, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, Band I, abgedruckten Entscheidungen). Auf die nachträgliche Korrekturmöglichkeit einer (unrichtigen) Vorfragenbeurteilung im Hinblick auf eine spätere verbindliche Entscheidung der zuständigen Behörde nach § 69 Abs. 1 Z. 3 AVG wird hingewiesen (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 14. Juni 1995, 95/12/0110).

Entgegen der in der Gegenschrift erkennbar vertretenen Auffassung der belangten Behörde, bindet nicht jede gegenüber dem Beamten getroffene Entscheidung einer besoldungsrechtlichen Frage durch die für diese Entscheidung zuständige Aktiv-Dienstbehörde die Pensions-Dienstbehörde. Soweit der Gesetzgeber nicht ausdrücklich Abweichendes anordnet - dies ist im Beschwerdefall nicht geschehen - ist Voraussetzung für die Bindung der Pensions-

Dienstbehörde an eine gegenüber dem Beamten getroffene Entscheidung der Aktiv-Dienstbehörde im Einzelfall die Bescheidform, an eine Entscheidung der Aktiv-Dienstbehörde, die eine Vielzahl von Fällen betrifft, die Form einer Rechtsverordnung.

Ausgehend von einer unzutreffenden Rechtsauffassung hat es die belangte Behörde aber unterlassen, im Beschwerdefall die Rechtsnatur des Ministerialerlasses vom 30. November 1994 zu prüfen. Weder im angefochtenen Bescheid noch in der Gegenschrift hat die belangte Behörde auch nur behauptet und näher begründet, daß dieser Erlaß ein gegenüber dem Beschwerdeführer ergangener Bescheid der (Aktiv)Dienstbehörde sei. Auch auf Grund der Ausführungen der belangten Behörde in ihrer Gegenschrift ist dem Verwaltungsgerichtshof nicht erkennbar, daß dieser Erlaß vom 30. November 1994, der im übrigen auch nicht mit den Verwaltungsakten vorgelegt wurde, seinem Inhalt nach als Bescheid zu werten wäre. Seine Übermittlung an den Beschwerdeführer reicht für sich allein nicht aus, ihm den Charakter als Bescheid zu verleihen.

Sollte dieser Erlaß vom 30. November 1994 kein dem Beschwerdeführer gegenüber erlassener Bescheid der (Aktiv)Dienstbehörde sein, steht den als (Pensions)Dienstbehörden eingeschrittenen Behörden - nach Maßgabe des § 38 AVG - im Rahmen ihres (pensionsrechtlichen) Verfahrens die Beurteilung der (besoldungsrechtlichen) Vorfrage zu: Dabei wäre vor allem zu klären, ob die Behauptung des Beschwerdeführers zutrifft, seine Verwendung habe sich (bezogen auf die Situation im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides der FLD OÖ vom 25. Oktober 1985) in der Zwischenzeit im Tatsächlichen nicht geändert und die (Aktiv)Dienstbehörde hätte lediglich eine Änderung der rechtlichen Bewertung dieser Verwendung als einer der Richtverwendung nach § 73b Abs. 2 Z. 5 Punkt 6 GG 1956 gleichzuhaltenden Verwendung vorgenommen. Trifft dies zu, wäre eine Änderung der rechtlichen Bewertung durch die Dienstbehörde allein ohne Änderung der Gesetzeslage nicht ausreichend, den aus dem Zuerkennungsbescheid der FLD OÖ aus 1985 für die Dauer der Verwendung abgeleiteten Anspruch des Beschwerdeführers zu beseitigen. Dies gilt auch für ein vor den (Aktiv)Dienstbehörden allenfalls geführtes Feststellungsverfahren betreffend die Dauer der Gebührlichkeit der Dienstzulage.

Daß der mehrfach genannte Ministerialerlaß als eine (wenn auch ohne für den Verwaltungsgerichtshof erkennbare gesetzliche Grundlage) ergangene RECHTSverordnung aufzufassen wäre, verbietet seine nicht in der für Rechtsverordnungen des Bundesministers vorgesehenen Form erfolgte Kundmachung im Bundesgesetzblatt. An nicht gehörig kundgemachte Rechtsakte ist der Verwaltungsgerichtshof nach ständiger Rechtsprechung nicht gebunden (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 28. März 1984, 83/09/0212 uva.).

Aus diesen Gründen erweist sich der angefochtene Bescheid als inhaltlich rechtswidrig und war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 416/1994.

### **Schlagworte**

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung  
Feststellungsbescheide Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur  
Bescheiderlassung konstitutive Bescheide Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2 Verordnungen  
Verhältnis Verordnung - Bescheid VwRallg4

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

ECLI:AT:VWGH:1997:1997120116.X00

### **Im RIS seit**

22.02.2002

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

© 2024 JUSLINE

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

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