

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/8/21 W221 2240343-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.08.2021

## Entscheidungsdatum

21.08.2021

## Norm

B-VG Art133 Abs4

EZG §1

GehG §100

GehG §112

GehG §123

GehG §13a Abs1

GehG §13b

GehG §19a

## Spruch

W221 2240343-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Daniela URBAN als Einzelrichterin über die Beschwerde des XXXX , gegen den Bescheid des Kommando Streitkräfte vom 01.02.2021, Zl. P758434/73-KdoSK/J1/2020 (3), betreffend eine Angelegenheit nach dem Gehaltsgesetz, zu Recht:

A)

Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben, sodass der Spruch des angefochtenen Bescheides zu lauten hat:

„Für die Zeiträume von 01.09.2017 bis 30.09.2017, 01.10.2018 bis 30.11.2018 und von 01.10.2019 bis 30.11.2019 besteht kein Anspruch auf finanzielle Abgeltung nach den §§ 19a, 100, 112 und 123 des Gehaltsgesetzes 1956 (GehG 1956). Sie haben somit den Betrag von brutto EUR 4.110,99 zu Unrecht bezogen und sind gem. § 13a Abs. 1 GehG 1956 dem Bund gegenüber zum Ersatz verpflichtet.“

B)

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

**Text**

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 09.09.2020 beantragte der Beschwerdeführer die bescheidmäßige Absprache bezüglich des „Nettoübergusses am Lohnzettel September 2020“.

Mit Schreiben vom 15.12.2020 teilte die belangte Behörde dem Beschwerdeführer mit, dass er im Zuge seiner Verwendung als Sanitätsunteroffizier (SanUO) im Krankenpflegedienst seinen Dienst in der Truppenambulanz stationär bei Bedarf (TAsB) ausübe und eine Ergänzungszulage auf K4 gemäß § 100 GehG 1956, eine Pflegedienstzulage gem. § 123 Abs. 2 Z3 lit. b GehG 1956 und eine Vergütung für Beamte des Krankenpflegedienstes gem. § 112 GehG 1956 sowie eine Nebengebühr für Bedienstete der Sanitätsdienste – pauschalierte Erschwerniszulage (SanDienst-Zulage) gemäß § 19a iVm § 15 Abs. 2 GehG 1956 beziehe. In der Zeit vom 27.07.2017 bis 28.09.2017, 25.09.2018 bis 09.11.2018 und 24.09.2019 bis 14.11.2019 habe sich der Beschwerdeführer länger als einen Monat im Assistenzeinsatz befunden und seinen Dienst somit nicht in der Sanitätseinrichtung TAsB versehen. Gemäß einer Meldung vom 11.12.2020 habe er in diesen Zeiträumen seinen Dienst in keiner der in § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956 taxativ aufgezählten Einrichtungen versehen. Dem Beschwerdeführer sei für die angeführten Zeiträume eine Einsatzzulage gem. § 1 EZG iVm § 2 lit. b WG 2001 ausbezahlt worden. Aufgrund von Erhebungen und der Meldung des Kommando AAB7 vom 11.12.2020, sei keine anspruchsbegründende Tätigkeit feststellbar gewesen. Somit seien aufgrund der Dislozierung und der fehlenden einschlägigen Verwendung im Krankenpflegedienst in den angeführten Zeiträumen die Zulagen und Nebengebühren für den Sanitätsdienst einzustellen. Da die Buchungen am 21.07.2020 durchgeführt worden seien, sei dem Beschwerdeführer der dadurch entstandene Nettoüberguss gem. § 13a GehG 1956 iHv EUR 3.779,00 (Bruttoüberguss iHv EUR 4.997,52) mit Monatsbezug September 2020 erstmalig abgebucht worden.

Mit Schreiben vom 29.12.2020 führte der Beschwerdeführer aus, dass er seinen Dienst vom 27.07.2017 bis 28.09.2017 in den Räumlichkeiten der Landesberufsschule in Arnfels versehen habe. Seine Tätigkeiten seien Folgende gewesen: Einteilung als SanUO bei einem Assistenzzug, Vorbereitung für den Assistenzeinsatz, Belehrung über Hygiene, Maßnahmen zur Unfallverhütung, Suchtmittelmissbrauch, sexuell übertragbare Krankheiten und der Umgang mit hilfe- und schutzsuchenden Fremden, Durchführung von Gesundheitsvorsorge (Erhebung des Impfstatus, Beratung, Planung und Dokumentation der Impfungen, Durchführung von Suchtmittelscreening nach ärztlicher Anweisung), Organisation und Führung der Gesundheitsunterlagen von Milizsoldaten, Grundwehrdienern und Kadar-Personal bei der Einstellung und Entlassung, Durchführung von ärztlich angeordneten Therapien, Diagnostik von erkrankten Soldaten, regelmäßige Kontrolle der Hygiene in Verpflegungseinrichtungen, Führung der Sicherheitsdatenblätter für Reinigungs- und Desinfektionsmittel, Überprüfungen von Sanitäreinrichtungen und die periodische Desinfektion, Auffrischung der praktischen und theoretischen Themen des 16-stündigen Erste-Hilfe-Kurses, Terminisierung von Facharztfahrten, Physiotherapien und Wechsel von Soldaten von und in den Assistenzeinsätzen. Die Notfallversorgung sei sichergestellt worden. Im Zeitraum 25.09.2018 bis 09.11.2018 habe er seinen Dienst im Container-Dorf Bruckneudorf in den Räumlichkeiten des Gefechtsstandes der Assistenzkompanie versehen. Seine Tätigkeiten seien dabei analog jenen in Arnfels gewesen. Im Zeitraum vom 24.09.2019 bis 14.11.2019 habe er seinen Dienst in der Windisch-Kaserne in den Räumlichkeiten des Gefechtsstandes der Assistenzkompanie versehen. Wiederum seien seine Tätigkeiten analog zu jenen in Arnfels gewesen. Weiters führte er an, dass während seiner Einsätze in seinem Verband AAB7 kein Notfallsanitäter/SanUO verfügbar gewesen sei. Er sei zu den Einsätzen gemäß Befehl eingeteilt worden und ihm sei somit eine Schlechterstellung und ein finanzieller Nachteil daraus erwachsen. Er habe sich auf die Aussagen des Vorgesetzten verlassen, dass kein finanzieller Nachteil dadurch entstehen würde. Da der Beschwerdeführer alle Kenntnisse und Fähigkeiten, die er als Notfallsanitäter und Diplomierter Krankenpfleger erlernt habe, im Einsatz anwenden habe können und die empfangenden Leistungen im guten Glauben empfangen habe, meine er, dass er die Leistungen dem Bund nicht ersetzen müsse.

Mit im Spruch genannten Bescheid vom 01.02.2021, zugestellt am 02.02.2021, wurde ausgesprochen, dass für die Zeiträume von 01.08.2017 bis 30.09.2017, von 01.10.2018 bis 30.11.2018 und von 01.10.2019 bis 30.11.2019 kein Anspruch auf finanzielle Abgeltung nach den §§ 19a, 100, 112 und 123 des GehG 1956 bestehe. Der Beschwerdeführer habe somit den Betrag von brutto EUR 4.997,52 zu Unrecht bezogen und sei gemäß § 13a Abs. 1 GehG 1956 dem Bund gegenüber zum Ersatz verpflichtet.

Begründend wird darin im Wesentlichen ausgeführt, dass keine anspruchsbegründende Tätigkeit durch den Beschwerdeführer feststellbar sei. Aus den taxativ angeführten Monatsabrechnungen seien die zu Unrecht empfangenen Leistungen eindeutig ablesbar. Wie unschwer erkennbar sei, seien die Zulagen und Nebengebühren für den Sanitätsdienst und die Einsatzzulage gem. § 1 EZG für ein und dieselben Monate (08/2017, 09/2017, 10/2018, 11/2018, 10/2019, 11/2019) zur Auszahlung gebracht worden. Bei den angeführten Beträgen handle es sich auch nicht um einen unwesentlichen Betrag, der leicht übersehen werden könne. Zur Gutgläubigkeit könne festgestellt werden, dass es der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach von einem Beamten ein durchschnittliches Maß an Sorgfalt bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der ihm zustehenden Leistungen gefordert werde, wobei die Frage der Erkennbarkeit objektiv zu beurteilen, widersprechen würde, wenn derjenige Beamte, der sich um die wesentlichen Umstände betreffend seine Entlohnung in keiner Weise kümmere, dadurch belohnt würde, dass im Falle des Entstehens eines Übergennusses von seiner Gutgläubigkeit beim Empfang der Leistung auszugehen wäre. Weiter führe der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung hinsichtlich der Frage der Gutgläubigkeit des Beamten an, dass im Sinne der Theorie der objektiven Erkennbarkeit des Irrtums der auszahlenden Stelle es nicht entscheidend sei, ob der Beamte in Besoldungsfragen gebildet sei oder nicht, sondern ob es ihm auf Grund der gegebenen Rechtslage in Verbindung mit dem gegebenen Sachverhalt möglich und zumutbar gewesen wäre, den Umstand des Vorliegens eines Übergennusses zu erkennen. Zum Zeitpunkt des Bezuges des Übergennusses sei es dem Beschwerdeführer möglich gewesen, über das Employee Self Service (ESS) jederzeit Einblick in seine Bezugsunterlagen (Monatsabrechnung) zu nehmen. Mit der entsprechenden Aufmerksamkeit hätten er feststellen können, dass ihm mit Bezug 10/2017 die Einsatzzulage gem. § 1 EZG für den Monat August 2017 und gemäß Monatsbezug August 2017 die Zulagen und Nebengebühren für den Sanitätsdienst ebenfalls für den Monat August 2017 ausbezahlt worden seien. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte er zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit seiner Bezüge haben müssen. Der § 100 GehG sei keine besonders komplex formulierte Norm; es ist objektiv für jeden erkennbar, dass in Absatz 3 Z 1 und Z 2 die „anspruchsbegründenden Tätigkeiten“ abschließend aufgezählt seien, keine Verwendung von Worten wie „insbesondere“ oder „unter anderem“, welche auf eine demonstrative Aufzählung schließen lassen würden. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die Ergänzungszulage auf K4 gem. § 100 GehG 1956 auf die Pflege ausgerichtet sei. Wenn keine Dienstausbübung in einer der in § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956 taxativ aufgezählten Einrichtungen gegeben sei, sei folglich auch keine „pflegerische Tätigkeit im Sinne des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes“ möglich. Auch die Judikatur kenne als Voraussetzung für die Gebührlichkeit der gegenständlichen Zulagen bzw. Vergütungen der §§ 100 Abs. 1 iVm 112 GehG 1956 lediglich die Ausbildung einerseits und andererseits die Tätigkeiten in einer der im Gesetz genannten Einrichtungen und verweise auf die bereits angeführte abschließende Aufzählung des § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956. Selbiges gelte auch für die Pflegedienstzulage gemäß § 123 GehG 1956. Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer erwähnten Rechtsprechung sei festzuhalten, dass Nebengebühren an sich verwendungsbezogen zustünden. Diese Verwendung stelle die Erledigung der mit einem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben (§ 36 Abs. 1 BDG 1979) dar. Die Nebengebühren bezögen sich daher regelmäßig auf die mit einem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben. Wenn die Verwendung wegfalle, mit der die Erbringung der anspruchsbegründenden Leistung bzw. das Entstehen der anspruchsbegründenden Aufwendungen verbunden sei, führe dies grundsätzlich auch zum Wegfall der Nebengebühren. Diese Beziehung zwischen tatsächlicher Verwendung und Anspruch auf Nebengebühren bestehe auch bei pauschalierten Nebengebühren.

Gegen den oben genannten Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde.

Die gegenständliche Beschwerde und die Bezug habenden Verwaltungsakten wurden von der belangten Behörde vorgelegt und sind am 12.03.2021 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt. In der Beschwerdevorlage führte die belangte Behörde aus, dass die Pflegedienstzulage gemäß § 123 GehG 1956 im Zusammenhang mit § 99 GehG 1956 betrachtet werden müsse. Der Verwaltungsgerichtshof betone in seiner Rechtsprechung, dass für die Gebührlichkeit der Pflegedienstzulage die Ausübung der qualifizierten Tätigkeit des Krankenpflegefachdienstes entscheidend sei. Demnach knüpfe die Pflegedienstzulage an die Ausübung qualifizierter pflegerischer Tätigkeiten im Sinne des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes an und gelte daher für Tätigkeiten in Krankenanstalten. Im gegenständlichen Fall, in dem eben keine Überleitung des Beschwerdeführers – als Angehöriger der Besoldungsgruppe Militärischer Dienst – Berufsmilitärpersonen, Verwendungsgruppe M BUO (Militärperson Berufsunteroffizier) – in das Krankenpflegeschema stattgefunden habe, könne demnach der Bezug der Pflegedienstzulage nach § 123 GehG 1956 nicht getrennt von den §§ 99, 100 GehG 1956 betrachtet werden und nicht gesondert als Bezugsbestandteil iSd § 3 Abs. 2 GehG 1956 gebühren. Wenn keine Dienstausbübung in einer der in § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956 taxativ

aufgezählten Einrichtungen gegeben sei, sei folglich auch keine „pflegerische Tätigkeit im Sinne des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes“ möglich.

Mit Schreiben vom 15.03.2021 räumte das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer zur Stellungnahme der belangten Behörde vom 11.03.2021 Parteiengehör ein. Innerhalb der gesetzten Frist langte keine Stellungnahme des Beschwerdeführers beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Am 30.06.2021 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche, mündliche Verhandlung statt, in der dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben wurde, zu der Rechtsache Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 20.07.2021 nahm die belangte Behörde zur Niederschrift der mündlichen Verhandlung Stellung und führte aus, dass der Anspruch August 2017 verjährt sei, wodurch sich der Bruttoüberguss um € 886,53 verringere. Zur Erschwerniszulage wurde ausgeführt, dass der Beschwerdeführer im Assistenzeinsatz andere Tätigkeiten verrichtet habe als in der Truppenambulanz und daher keine besonders schweren Umstände vorlägen.

Mit Schreiben vom 11.08.2021 replizierte der Beschwerdeführer auf diese Stellungnahme und führte aus, dass der leitende Sanitätsoffizier ihm versichert habe, dass er seine Zulagen nicht verlieren würde, sodass er die Zahlungen im guten Glauben empfangen und verbraucht habe.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die zulässige Beschwerde erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er ist diplomierter Gesundheits- und Krankenpfleger und gehört der Besoldungsgruppe Militärischer Dienst – Berufsmilitärpersonen, Verwendungsgruppe M BUO (Militärperson Berufsunteroffizier) an. Er versieht seinen Dienst seit 01.07.2014 beim Kdo&StbKp/AAB7 auf dem Arbeitsplatz PosNr. 334 als SanUO in einer stationären Truppenambulanz mit Bettenstation (TASB) einer Kaserne.

Der Beschwerdeführer bezog für die Zeiträume von 01.08.2017 bis 30.09.2017, von 01.10.2018 bis 30.11.2018 und von 01.10.2019 bis 30.11.2019 eine finanzielle Abgeltung nach den §§ 19a, 100, 112 und 123 des GehG 1956 in der Höhe von EUR 4.997,52 brutto. In dieser Zeit war der Beschwerdeführer jeweils in einem Assistenzeinsatz und erhielt daher den Monaten August und September 2017, Oktober und November 2018 sowie Oktober und November 2019 eine Einsatzzulage gemäß § 1 EZG.

Bei diesen Assistenzeinsätzen war es seine Aufgabe, die Versorgung jener Soldaten, welche die Grenzüberwachung durchführen, sicherzustellen. Diese Aufgaben entsprechen den Aufgaben eines Notfallsanitäters, jedoch wurde der Beschwerdeführer – mit seiner höheren Ausbildung als diplomierter Gesundheits- und Krankenpfleger – eingesetzt, weil es nicht genug Notfallsanitäter gab.

Während seines Assistenzeinsatzes vom 27.07.2017 bis 28.09.2017 in Arnfels/Steiermark, 3. Assistenzzug, war der Beschwerdeführer in der Funktion als SanUO für die sanitätsdienstliche Truppenbetreuung der eingesetzten Assistenzkräfte zuständig und versah seinen Dienst in den Räumlichkeiten der Landesberufsschule. Der Beschwerdeführer hatte insbesondere folgende Aufgaben zu besorgen:

- Zusammenarbeit mit der Truppenärztlichen Station, Organisation und Führung der Gesundheitsunterlagen
- Terminisierung von Facharztfahrten, Physiotherapien und Wechsel von Soldaten
- Durchführung der Gesundheitsvorsorge (Impfhebungen),
- SanReal (Eintritt eines realen San-Vorfalles – tatsächliche San-Versorgung), Durchführung von ärztlich angeordneten Therapien (wie zB.: Blasenversorgungen, medizinische Fußbäder, Medikamentengaben, Verbandswechsel und Bandagierungen von Verstauchungen)
- Hygieneüberprüfungen und -schulungen
- Auffrischung des 16-stündigen Erste-Hilfe-Kurses

Während seines Assistenzeinsatzes vom 25.09.2018 bis 09.11.2018 im Burgenland im Containerdorf Bruck Neudorf/1. Assistenzkompanie, war der Beschwerdeführer in der Funktion als SanUO für die sanitätsdienstliche Truppenbetreuung der eingesetzten Assistenzkräfte zuständig. Er hatte insbesondere folgende Aufgaben zu besorgen:

- Zusammenarbeit mit der Truppenärztlichen Station, Organisation und Führung der Gesundheitsunterlagen
- Terminisierung von Facharztfahrten, Physiotherapien und Wechsel von Soldaten
- Durchführung der Gesundheitsvorsorge (Impfhebungen),
- SanReal (Eintritt eines realen San-Vorfalles – tatsächliche San-Versorgung), Durchführung von ärztlich angeordneten Therapien (wie zB.: Blasenversorgungen, medizinische Fußbäder, Medikamentengaben, Verbandswechsel und Bandagierungen von Verstauchungen)
- Hygieneüberprüfungen und -schulungen
- Auffrischung des 16-stündigen Erste-Hilfe-Kurses

Während seines Assistenzeinsatzes vom 24.09.2019 bis 14.11.2019 in Kärnten in der Windisch-Kaserne, Gefechtsstand der Assistenzkompanie (Gebäude der Betriebsstaffel), war der Beschwerdeführer in der Funktion als SanUO für die sanitätsdienstliche Truppenbetreuung der eingesetzten Assistenzkräfte zuständig. Er hatte insbesondere folgende Aufgaben zu besorgen:

- Zusammenarbeit mit der Truppenärztlichen Station, Organisation und Führung der Gesundheitsunterlagen
- Terminisierung von Facharztfahrten, Physiotherapien und Wechsel von Soldaten
- Durchführung der Gesundheitsvorsorge (Impfhebungen),
- SanReal (Eintritt eines realen San-Vorfalles – tatsächliche San-Versorgung), Durchführung von ärztlich angeordneten Therapien (wie zB.: Blasenversorgungen, medizinische Fußbäder, Medikamentengaben, Verbandswechsel und Bandagierungen von Verstauchungen)
- Hygieneüberprüfungen und -schulungen
- Auffrischung des 16-stündigen Erste-Hilfe-Kurses

Der Beschwerdeführer leistete die angeführten Tätigkeiten während seiner Assistenzeinsätze somit weder im Heeresspital noch in einem Militärspital, in einer Sanitätsanstalt, in einer Feldambulanz, in der Sanitätsschule, im Sanitätszug der Stabskompanie eines Bataillons oder bei einer Stellungskommission.

Seine Tätigkeiten wichen von jenen als diplomierter Gesundheits- und Krankenpfleger in einer Truppenärztlichen Ambulanz ab.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Akt in Verbindung mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers.

Die Feststellungen zu den vom Beschwerdeführer während seiner Assistenzeinsätze ausgeführten Tätigkeiten ergeben sich aus der im angefochtenen Bescheid auszugsweise wiedergegebenen Meldung des Kommando AAB7 vom 11.12.2020 und der schriftlichen Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 29.12.2020, deren Vollständigkeit der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung am 30.06.2021 bestätigte.

Die Feststellungen zu den in den Monaten August und September 2017, Oktober und November 2018 sowie Oktober und November 2019 vom Beschwerdeführer bezogenen Nebengebühren bzw. Zulagen ergeben sich aus dem im Akt befindlichen Monatsabrechnungen.

Dass die Tätigkeit im Assistenzeinsatz nicht seiner sonstigen Tätigkeit entspricht und die Aufgaben abwichen, ergibt sich aus der Aussage des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, wonach die Tätigkeiten im Assistenzeinsatz im Wesentlichen jenen eines Notfallsanitäters entsprechen würden und nicht seiner Ausbildung als diplomierter Gesundheits- und Krankenpfleger. Der Beschwerdeführer gab dazu an, dass ihm klar sei, dass er andere Tätigkeiten ausgeübt habe und es ihm hauptsächlich um den guten Glauben gehe. Er konnte auch nachvollziehbar darlegen und dies auch mit einem Schreiben belegen, dass sein Einsatz für „geringere“ Tätigkeiten notwendig war, weil es zu wenig Notfallsanitäter gegeben hat.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

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.

Zu A)

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Gehaltsgesetz 1956 (GehG 1956) lauten auszugsweise wie folgt:

„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; hiebei können Raten festgesetzt werden. Bei der Festsetzung der Raten ist auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Ersatzpflichtigen Rücksicht zu nehmen. Ist die Hereinbringung durch Abzug nicht möglich, so ist der Ersatzpflichtige zum Ersatz zu verhalten. Leistet der Ersatzpflichtige nicht Ersatz, so sind die rückforderbaren Leistungen nach dem VWG, BGBl. Nr. 53/1991, hereinzubringen.

(3) - (5) [...]

Verjährung

§ 13b. (1) Der Anspruch auf Leistungen verjährt, wenn er nicht innerhalb von drei Jahren geltend gemacht wird, nachdem die anspruchsbegründende Leistung erbracht worden oder der anspruchsbegründende Aufwand entstanden ist.

(2) Das Recht auf Rückforderung zu Unrecht entrichteter Leistungen (§ 13a) verjährt nach drei Jahren ab ihrer Entrichtung.

(3) Was trotz Verjährung geleistet worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.

(4) Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung sind mit der Maßgabe anzuwenden, daß die Geltendmachung eines Anspruches im Verwaltungsverfahren einer Klage gleichzuhalten ist.

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 der Bundesministerin oder des Bundesministers für Kunst, Kultur, öffentlichen Dienst und Sport.

Pflegedienstzulage und Pflegedienst-Chargenzulage für Militärpersonen

§ 99. Die §§ 123 und 124 sind auf Militärpersonen in den Verwendungsgruppen M BUO, M ZUO und M ZCh mit der Maßgabe anzuwenden, dass

1. Sanitätsunteroffiziere mit

a) einer Berufsberechtigung zur Ausübung des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege nach dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG), BGBl. I Nr. 108/1997, oder

b) der erfolgreich abgelegten Prüfung für Unteroffiziere des Truppendienstes mit der Fachrichtung „Sanitätsdienst“ und einschlägiger Verwendung Beamten des Krankenpflegefachdienstes

[...]

entsprechen. Die Worte „der Dienstklasse III“ im § 123 Abs. 2 Z 3 lit. a und b sind nicht anzuwenden.

Militärpersonen in einer Verwendung des Krankenpflegedienstes

§ 100. (1) Militärpersonen der Verwendungsgruppen M BUO, M ZUO und M ZCh, die die Erfordernisse des § 231a Abs. 1 Z 1 und 2 BDG 1979 erfüllen, gebühren für die Dauer einer im Abs. 3 umschriebenen Verwendung eine ruhegenußfähige Ergänzungszulage nach den Abs. 4 und 5 und eine Vergütung nach den Abs. 6 und 7.

(3) Anspruchsbegründende Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 sind:

1. Tätigkeiten des gehobenen medizinisch-technischen Dienstes und des medizinisch-technischen Fachdienstes,
2. Tätigkeiten im Heeresspital, in einem Militärspital, in einer Sanitätsanstalt, in einer Feldambulanz, in der Sanitätsschule, im Sanitätszug der Stabskompanie eines Bataillons und bei einer Stellungskommission

(4) – (8) [...]

Vergütung für Beamte des Krankenpflegedienstes

§ 112. (1) Den Beamten des Krankenpflegedienstes gebührt für die mit ihrer Dienstleistung verbundenen besonderen Belastungen eine monatliche Vergütung. Diese Vergütung beträgt:

Euro

in den Verwendungsgruppen 179,2 € 203,9 €

in den Gehaltsstufen ab der Gehaltsstufe

K 1 und K 2 1 bis 4 (2. Jahr 6. Monat) 4 (2. Jahr 7. Monat)

K 3 und K 4 1 bis 6 (6. Monat) 6 (7. Monat)

K 5 und K 6 1 bis 6 (1. Jahr) 6 (2. Jahr)

(3) – (4) [...]

Pflegedienstzulage

§ 123. (1) Beamten, die zur Ausübung von Tätigkeiten im Sinne des GuKG, des Bundesgesetzes über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz), BGBl. Nr. 460/1992, des MTF-SHD-G oder des Hebammengesetzes, BGBl. Nr. 310/1994, berechtigt sind, gebührt für die Dauer der einschlägigen Verwendung eine ruhegenußfähige Pflegedienstzulage.

(2) [...]"

§ 1 des Einsatzzulagengesetzes (EZG) lautet:

„Anspruch auf Einsatzzulage

§ 1. (1) Eine Einsatzzulage gebührt Personen, die in einem Dienstverhältnis zum Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport stehen, sofern sie einer Organisationseinheit des Bundesheeres zugeordnet sind und im Rahmen eines Einsatzes nach § 2 Abs. 1 lit. a bis c des Wehrgesetzes 2001 (WG 2001), BGBl. I Nr. 146, oder der unmittelbaren Vorbereitung eines Einsatzes verwendet werden.

(2) Die Einsatzzulage tritt während des Einsatzes oder der unmittelbaren Vorbereitung eines Einsatzes an die Stelle

1. der Nebengebühren nach den §§ 16, 17 bis 18, 19a, 19b und 20 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 (bei Vertragsbediensteten in Verbindung mit § 22 Abs. 1 des Vertragsbedienstetengesetzes 1948, BGBl. Nr. 86),

2. der Ansprüche nach der Reisegebührevorschrift 1955, BGBl. Nr. 133, und

3. des Freizeitausgleiches gemäß § 49 BDG 1979, BGBl. Nr. 333 (bei Vertragsbediensteten in Verbindung mit § 20 des Vertragsbedienstetengesetzes 1948).

(3) Durch die Einsatzzulage werden bestehende Ansprüche auf monatlich pauschalierte Nebengebühren nach den §§ 18, 19a, 19b und 20 des Gehaltsgesetzes 1956 nicht berührt, sofern die jeweils anspruchsbegründende Tätigkeit auch im Einsatz oder bei der unmittelbaren Vorbereitung eines Einsatzes weiter ausgeübt wird.“

2. Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer während der Zeit vom 27.07.2017 bis 28.09.2017, 25.09.2018 bis 09.11.2018 und vom 24.09.2019 bis 14.11.2019 Assistenzeinsätze leistete und in dieser Zeit Nebengebühren bzw. Zulagen gemäß §§ 19a, 100, 112 und 123 GehG 1956 bezog. Während der Zeit seiner Assistenzeinsätze bezog der Beschwerdeführer überdies eine Ergänzungszulage nach § 1 EZG.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muss die Pflegedienstzulage gemäß § 123 GehG 1956 im Zusammenhang mit § 99 GehG 1956 betrachtet werden. Demnach ist für die Gebührlichkeit der Pflegedienstzulage die Ausübung der qualifizierten Tätigkeit des Krankenpflegefachdienstes entscheidend, an die etwaige Tätigkeiten in

Krankenrevieren nicht herankommen. Die Pflegedienstzulage knüpft an die Ausübung qualifizierter pflegerischer Tätigkeiten im Sinne des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes an und gilt daher für Tätigkeiten in Krankenanstalten iSd § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass der Gesetzgeber die Überleitung von Beamten der Allgemeinen Verwaltung in „militärischer Verwendung“ in das mit der 1. BDG-Novelle 1991 geschaffene Krankenpflegeschema ausschließen wollte und stattdessen eine „besoldungsmäßige Gleichstellung“ über eine Ergänzungszulagen-Regelung vorsah. Für Tätigkeiten in Krankenrevieren kann somit keine Ergänzungszulage nach § 100 Abs. 3 GehG 1956 in Betracht kommen (vgl. VwGH 23.02.2005, 2004/12/0185; 25.02.2004, 2003/12/0084).

Die Voraussetzung der § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956 (Tätigkeit in einer bestimmten Einrichtung, nämlich Heeresspital, Militärspital, Sanitätsanstalt, Feldambulanz, Sanitätsschule, Sanitätszug der Stabskompanie eines Bataillons und Stellungskommission) gilt aufgrund des Sachzusammenhanges für die hier relevanten Zulagen nach §§ 100, 112 und 123 GehG 1956.

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer eine „Militärperson“ ist und eine Berufsberechtigung zur Ausübung des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege nach dem GuKG aufweist. Jedoch hat er während der Zeiten seiner Assistenzeinsätze keine anspruchsbegründenden Tätigkeiten in einer in § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956 genannten Einrichtung (Heeresspital, Militärspital, Sanitätsanstalt, Feldambulanz, Sanitätsschule, Sanitätszug der Stabskompanie eines Bataillons und Stellungskommission) verrichtete, da weder der Kompanie-Gefechtsstand der Assistenz-Kompanie noch die Landesberufsschule in Arnsfels zu den taxativ aufgezählten Einrichtungen des § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956 zählen. Eine „pflegerische Tätigkeit im Sinne des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes“ war daher in der Zeit der Assistenzeinsätze des Beschwerdeführers nicht möglich. Auch die in der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 29.12.2020 enthaltenen Ausführungen zu seinen konkreten Tätigkeiten während der Einsätze, vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Letztlich behauptet der Beschwerdeführer auch gar nicht, dass er überwiegend seiner Ausbildung entsprechende Tätigkeiten verrichtet hat, sondern dass ihm klar war, dass er Tätigkeiten eines Notfallsanitäters ausführt.

Gemäß § 19a Abs. 1 GehG 1956 gebührt dem Beamten, der seinen Dienst unter besonderen körperlichen Anstrengungen oder sonstigen besonders erschwerten Umständen verrichten muss, eine Erschwerniszulage. Der Beschwerdeführer hat diese Zulage für seine Tätigkeit als Sanitätsunteroffizier im Krankenpflegedienst in einer stationären Truppenambulanz mit Bettenstation.

Gemäß § 1 Einsatzzulagengesetz werden durch die Einsatzzulage bestehende Ansprüche auf monatlich pauschalisierte Nebengebühren nach § 19a Gehaltsgesetzes 1956 nicht berührt, sofern die jeweils anspruchsbegründende Tätigkeit auch im Einsatz weiter ausgeübt wird.

Genau das liegt im gegenständlichen Fall unstrittig nicht vor: Der Beschwerdeführer hat in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich angegeben, dass er andere Tätigkeiten (nach seinen Worten „geringere“ Tätigkeiten) im Assistenzeinsatz ausgeübt hat, nämlich jene als Notfallsanitäter statt als Krankenpfleger. Er betonte auch, dass es ihm klar sei, dass er andere Tätigkeiten ausgeübt hat und es ihm hauptsächlich um den guten Glauben gehe.

Die belangte Behörde ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer im gegenständlichen Zeitraum Nebengebühren bzw. Zulagen gemäß §§ 19a, 100, 112 und 123 GehG 1956 iHv brutto EUR 4.997,52 neben dem Bezug der Ergänzungszulage nach § 1 EZG zu Unrecht bezogen hat.

Zu prüfen ist noch in einem zweiten Schritt, ob der Beschwerdeführer die Zulagen im guten Glauben empfangen hat.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es dabei 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 Übergenußen schon dann nicht 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 Leistungen auch nur hätte Zweifel haben müssen. Erfolgt die Leistung deshalb, weil die Anwendung der Norm, aufgrund derer die Leistung erfolgt ist, auf einem Irrtum der auszahlenden Stelle beruht, den der Leistungsempfänger weder erkennt noch veranlasst hat, so ist dieser Irrtum nur dann im genannten Sinn objektiv erkennbar (und damit eine Rückersatzverpflichtung schon deshalb zu bejahen), wenn der Irrtum in der offensichtlich falschen Anwendung einer Norm, deren Auslegung keine Schwierigkeiten bereitet, besteht. Andernfalls, also bei einer zwar unrichtigen, aber nicht offensichtlich falschen Auslegung der Norm, ist die objektive Erkennbarkeit zu verneinen, sofern sie nicht durch andere Umstände indiziert



wird (vgl. VwGH 17.10.2011, 2011/12/0101 mwH). Da die Frage der Erkennbarkeit objektiv zu beurteilen ist, kommt dem Umstand, ob die Aufklärung des Irrtums auf die beschwerdeführende Partei zurückzuführen ist, oder ob dieser amtswegig festgestellt wurde, ebenso wenig entscheidende Bedeutung zu, wie der Frage, ob und gegebenenfalls welche Kenntnisse die beschwerdeführende Partei in Besoldungsfragen hat (vgl. VwGH 24.03.2004, 99/12/0337).

Im vorliegenden Fall steht fest, dass die unrechtmäßige Leistung auf einem Irrtum der auszahlenden Stelle beruht und der Beschwerdeführer diesen Irrtum nicht veranlasst hat.

Dieser Irrtum ist somit nur dann objektiv erkennbar, wenn der Irrtum in der offensichtlich falschen Anwendung einer Norm besteht, deren Auslegung keine Schwierigkeiten bereitet.

Bei § 100 GehG 1956 handelt es sich um keine besonders komplex formulierte Norm; es ist objektiv für jeden erkennbar, dass in Abs. 3 Z 1 und Z 2 die anspruchsbegründenden Tätigkeiten abschließend aufgezählt sind. Weiter ist es für den Beschwerdeführer leicht erkennbar gewesen, dass er während seiner Einsätze in keiner der in Abs. 3 aufgezählten Einrichtungen, insbesondere nicht in einer TASB, wie jener der er normalerweise dienstzugeteilt ist, seinen Dienst versehen hat. Auch war es ihm vollkommen klar, dass er andere Tätigkeiten als seiner Ausbildung und seiner sonstigen Tätigkeit entsprechend ausübt, was insbesondere auch für § 19a GehG 1956 relevant ist.

Bei der im Beschwerdefall gegebenen Konstellation bedarf es bei einer objektiven Betrachtung keiner besonderen besoldungsrechtlichen Kenntnisse, um bei Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt, die von jedem Beamten verlangt werden kann, an der Gebührllichkeit der zu Unrecht empfangenen Leistungen zu zweifeln. Bei ihm hätte der Umstand, dass er - obwohl er während seiner Assistenzeinsätze die Tätigkeiten in keiner in § 100 Abs. 3 Z 2 GehG 1956 genannten Einrichtung verrichtete, weiterhin zuvor angeführte Zulagen und Nebengebühren angewiesen erhielt - Zweifel an deren Rechtmäßigkeit erwecken müssen.

Im Sinne der wiedergegebenen Rechtsprechung ist auch davon auszugehen, dass der Irrtum der belangten Behörde, der zur Auszahlung des Übergennusses geführt hat, in der offensichtlich falschen Anwendung einer Norm lag, deren Auslegung keine Schwierigkeit bereitet.

Daran ändert auch nichts, dass der leitende Sanitätsoffizier der Steiermark dem Beschwerdeführer behauptetermaßen versichert habe, dass er seine Zulagen nicht verlieren werde.

Nach der dargestellten Rechtsprechung ist die Gutgläubigkeit beim Empfang von Übergennüssen schon dann nicht 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 Leistungen auch nur hätte Zweifel haben müssen. Dies liegt im vorliegenden Fall vor, weil die anzuwendenden Normen keiner Auslegung bedürfen und dem Beschwerdeführer klar war, dass er andere Tätigkeiten verrichtet als sonst. Eine womöglich falsche Auskunft eines Vorgesetzten ändert daran nichts.

Der Beschwerdeführer hat daher die angeführten Nebengebühren bzw. Zulagen nicht im guten Glauben empfangen.

Zur Verjährung:

Der Verwaltungsgerichtshof hat festgehalten, dass es zu der gemäß § 13b Abs. 4 GehG 1956 der zivilrechtlichen Klage gleichzuhaltenden Geltendmachung eines Rückforderungsanspruches (hier des Bundes) im Verwaltungsverfahren nicht schon der bescheidmäßigen Rückforderung zu Unrecht entrichteter Leistungen bedarf, sondern vielmehr die Geltendmachung des Rückforderungsanspruches des Bundes schriftlich, mündlich oder durch ein sonstiges dem Beamten erkennbares Verhalten erfolgen kann (VwGH 09.05.2018, Ra 2017/12/0100).

Allerdings ist eine Geltendmachung eines Anspruchs im Verwaltungsverfahren im Sinn von § 13b Abs. 4 GehG 1956 erst mit Monatsbezug September 2020 durch die erstmalige Abbuchung mit einer monatlichen Rate in der Höhe von 0,05 von Hundert des Grundbezugs und allfälligen Zulagen erfolgt.

Eine durch die Behörde erfolgte, fristwahrende Geltendmachung des Rückforderungsanspruches betreffend die im August 2017 erbrachten Leistungen ist auf dem Boden der vorliegenden Verfahrensakten nicht ersichtlich. Dem stimmt letztlich auch die belangte Behörde in ihrem Schriftsatz vom 20.07.2021 zu.

Die von der Behörde im Bescheid zurückgeforderten Beträge für den Zeitraum August 2017 in der Höhe von brutto EUR 886,53 unterliegen daher der Verjährung und wurden zu Unrecht zurückgefordert.

Die vom Beschwerdeführer zu Unrecht bezogenen Nebengebühren bzw. Zulagen, die er nicht im guten Glauben empfangen hat, sind daher für den Zeitraum September 2017, Oktober und November 2018 sowie für Oktober und November 2019 in der Höhe von brutto EUR 4.110,99 zurückzuzahlen.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) Unzulässigkeit 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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die unter A) zitierte Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Fall übertragbar.

#### **Schlagworte**

Ergänzungszulage Ersatzpflicht Erschwerniszulage gutgläubiger Empfang Krankenpflagedienst Militär Nebengebühr öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis Sanitätsdienstzulage Teilstattgebung Übergenuß Verjährung Zulagen

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

ECLI:AT:BVWG:2021:W221.2240343.1.00

#### **Im RIS seit**

03.12.2021

#### **Zuletzt aktualisiert am**

03.12.2021

**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)