

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

29.09.1993

Geschäftszahl

92/12/0018

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):

92/12/0097

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerden des G in M, vertreten durch Dr. V, Rechtsanwalt in W, gegen die Bescheide der Niederösterreichischen Landesregierung vom 13. Dezember 1991, Zl. II/1-BE-344-43/7-91, betreffend Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung der Berufung gegen den Bescheid der Stadtgemeinde M vom 3. Juli 1989 und vom 18. März 1992, Zl. II/1-BE-344-46/1-92, betreffend Bemessung des Ruhegenusses (mitbeteiligte Partei: Stadtgemeinde M), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Land Niederösterreich Aufwendungen in der Höhe von S 5.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Kostenmehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Der 1931 geborene Beschwerdeführer stand bis zu seiner Versetzung in den Ruhestand als Amtsrat in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadtgemeinde M (in Hinkunft "mitbeteiligte Partei"). Mit Wirkung vom 1. Dezember 1989 wurde er in den dauernden Ruhestand versetzt.

Vom 1. Juli 1980 bis zum 31. Dezember 1985 bekleidete der Beschwerdeführer den Dienstposten eines Liegenschaftsamtleiters der mitbeteiligten Partei; danach bis zum 31. Dezember 1987 verrichtete er auf einem Dienstposten in der Stadtamtsdirektion bzw. im Wahlamt und Sozialamt der mitbeteiligten Partei den Dienst. Für die Dauer der Inhabung dieses Leiterpostens bzw. dieser Dienstposten, die im Dienstpostenplan als mit dem Leiter einer Abteilung vergleichbar bezeichnet waren, erhielt er eine Personalzulage, die vom Gemeinderat mit Wirkung vom 1. Mai 1987 zuletzt mit 21 % des Gehaltes der Dienstklasse VI, Gehaltsstufe 9 festgesetzt worden war.

Mit Bescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Partei vom 31. Dezember 1987 wurde der Beschwerdeführer mit Ablauf dieses Tages gemäß § 63 Abs. 1 lit. b der Niederösterreichischen Gemeindebedienstetendienstordnung (NÖ GBDO) in den zeitlichen Ruhestand versetzt. Mit Schreiben des Bürgermeisters der mitbeteiligten Partei vom 28. Juni 1989 wurde der Beschwerdeführer unter Berufung auf § 64 Abs. 1 der NÖ GBDO infolge des Ergebnisses der amtsärztlichen Begutachtung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers, wonach die Gründe für den zeitlichen Ruhestand weggefallen waren, aufgefordert, den Dienst bei der mitbeteiligten Partei am Montag, dem 3. Juli 1989 um spätestens 07.30 Uhr in der Stadtamtsdirektion wieder anzutreten.

Am 3. Juli 1989 erging folgendes Schreiben des Bürgermeisters der mitbeteiligten Partei an den Beschwerdeführer:

"Mit Wirksamkeit vom 1. Juli 1989 haben Sie keinen Dienstposten mehr inne, der im Dienstpostenplan "als mit dem Dienstposten eines Leiters einer Abteilung vergleichbar" bezeichnet ist. Sie haben daher ab diesem Zeitpunkt keinen Anspruch auf die Ihnen bisher zuerkannte Personalzulage.

Die seinerzeit zuerkannte Personalzulage gemäß § 47 Abs. 7 der NÖ Gemeindebeamtendienstordnung 1976 wird Ihnen daher mit Wirkung vom 1. Juli 1989 aberkannt.

Außerdem mußte festgestellt werden, daß Sie trotz schriftlicher Aufforderung Ihren Dienst am 3. Juli 1989 nicht angetreten haben. Auch eine telefonische Meldung erfolgte nicht.

Sollte es sich um eine unentschuldigte Dienstverhinderung handeln, muß darauf hingewiesen werden, daß es sich um eine Dienstverfehlung handelt.

Um Kenntnisnahme wird ersucht."

Nach dem insoweit unstrittigen Sachverhalt wurde dieses Schreiben dem Beschwerdeführer sowohl an seiner M Anschrift, W-Gasse als auch an seiner Zweitwohnsitzadresse in A, H-Straße, jeweils durch postamtliche Hinterlegung der Schriftstücke am 11. Juli 1989 bei den zuständigen Postämtern zugestellt. Während das beim Postamt M hinterlegte Schriftstück bereits nach sechs Tagen an die Absenderbehörde zurückgesendet wurde, behob der Beschwerdeführer beim Postamt A am 17. Juli 1989 die dort hinterlegte Postsendung und erhob (u.a.) gegen die darin mitgeteilte Aberkennung der Personalzulage mit Schriftsatz vom 26. Juli 1989 eine Berufung mit folgendem Wortlaut:

"Mit oben genannten Bescheid wurde mir mit Wirksamkeit vom 1. Juli 1989 die bisher gewährte Personalzulage aberkannt, weil ich keinen Dienstposten mehr inne habe, der mit dem eines Leiters einer Abteilung vergleichbar ist.

Mit Wirkung vom 1. Juli 1989 wurde mit Bescheid der Stadtgemeinde M vom 28. Juni 1989, Zl. II-H-25-89, ausgesprochen, daß die Gründe für den zeitlichen Ruhestand, in dem ich mich seit 31. Dezember 1987 befunden habe, weggefallen sind und ich meinen Dienst wieder anzutreten habe.

Gegen diesen Bescheid habe ich am 26. Juli 1989 wegen unrichtigen Ermittlungsverfahren Berufung eingelegt und dessen Aufhebung beantragt.

Bei einer Berufungsentscheidung in diesem Sinne, das heißt, Aufhebung des Bescheides der Stadtgemeinde M vom 28. Juni 1989, befinde ich mich weiter in zeitlichem Ruhestand. Bei der Ermittlung des Ruhegenusses wurde die Personalzulage berücksichtigt.

Hochachtungsvoll "

Mit Schreiben vom 23. Jänner 1990 teilte der Bürgermeister der mitbeteiligten Partei dem Beschwerdeführer mit, am 16. November 1989 seien beide Schreiben des Beschwerdeführers vom 26. Juli 1989 im Gemeinderat der mitbeteiligten Partei behandelt worden, mit denen er einerseits gegen die Aufforderung zum Wiederantritt zum Dienst, andererseits gegen die Aberkennung der Personalzulage "berufen" habe. Der Gemeinderat sei in diesen beiden Fällen zu der einhelligen Auffassung gekommen, daß weder gegen die Aufforderung zum Wiederantritt zum Dienst noch gegen die Aberkennung der Personalzulage eine Berufung möglich sei. Beides sei dem Beschwerdeführer nicht in Bescheidform, sondern lediglich als schriftliche Mitteilung bekanntgegeben worden. Diese Vorgangsweise sei mit den Bestimmungen der Niederösterreichischen Gemeindebeamtendienstordnung gesetzlich vereinbar. Da jedoch eine Berufung nur gegen einen Bescheid möglich sei, wären die beiden Schreiben, welche vom Beschwerdeführer als "Berufung" bezeichnet worden seien, als unzulässig anzusehen gewesen und sei auch dementsprechend entschieden worden.

Mit vom Bürgermeister der mitbeteiligten Partei intimierten Bescheid vom selben Tag (23. Jänner 1990) wurde der Beschwerdeführer aufgrund eines Beschlusses des Gemeinderates der mitbeteiligten Partei vom 16. November 1989 mit Ablauf des 30. November 1989 gemäß § 60 lit. a in Verbindung mit § 56 Abs. 2 lit. a GBDO LGBL. 2400-16, in den dauernden Ruhestand versetzt (Spruchpunkt I - der in Rechtskraft erwachsen ist.) Aufgrund einer für den Ruhegenuß anrechenbaren Dienstzeit von 38 Jahren, 9 Monaten und 14 Tagen wurde der Ruhegenuß im Ausmaß von 100 % der Ruhegenußbemessungsgrundlage bestimmt, wobei die Ruhegenußbemessungsgrundlage 80 % des ruhegenußfähigen Monatsbezuges bilde. Der Berechnung des ruhegenußfähigen Monatsbezuges wurde das Gehalt nach Verwendungsgruppe B, Dienstklasse VI, Gehaltsstufe 9, die Verwaltungsdienstzulage gemäß § 20 der NÖ Gemeindebedienstetengehaltsordnung GBGO LGBL. 2440-20, nach der der Dienstklasse VI entsprechenden Höhe und der Nebengebührenanteil gemäß § 59 Abs. 2 lit. c NÖ GBDO zugrundegelegt (Spruchpunkt II). Dieser Bescheid wurde dem Beschwerdeführer am 26. Jänner 1990 postalisch zugestellt.

Gegen den Spruchpunkt II dieses Bescheides erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Berufung, mit der vom Beschwerdeführer insbesondere die Berücksichtigung der Personalzulage im Sinne des § 54 Abs. 4 NÖ GBDO begehrt wurde.

Mit Erledigung des Gemeinderates der mitbeteiligten Partei vom 13. Juli 1990 wurde dieser Berufung insofern Folge gegeben, als für die Ruhegenußberechnung hinsichtlich des Nebengebührenanteiles gemäß § 59 Abs. 4 NÖ GBDO 1976 der Zeitpunkt der Vollendung des 45. Lebensjahres maßgebend sei, im übrigen wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Vorstellung an die belangte Behörde, die mit Bescheid vom 25. Februar 1991 der Vorstellung teilweise Folge gab, gemäß § 61 Abs. 4 der NÖ Gemeindeordnung 1973 den angefochtenen Bescheid aufhob und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die Gemeinde verwies.

Mit Bescheid des Gemeinderates vom 5. November 1991 wurde der Berufung des Beschwerdeführers gegen den Bescheid des Bürgermeisters vom 23. Jänner 1990 hinsichtlich der Bemessung des Ruhegenusses anlässlich der Versetzung in den dauernden Ruhestand keine Folge gegeben. Nach Darstellung des bisherigen Verfahrensganges begründete der Gemeinderat seine Entscheidung im wesentlichen damit, daß dem Beschwerdeführer zu jenem Zeitpunkt, mit welchem er in den dauernden Ruhestand versetzt worden sei, nämlich mit Ablauf des 30. November 1989, keine Personalzulage mehr gebührt habe, da ihm diese mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadtgemeinde M vom 3. Juli 1989 mit Wirksamkeit vom 1. Juli 1989 aberkannt worden sei und dieser Bescheid in Rechtskraft erwachsen sei.

Mit dem ZWEITANGEFOCHTENEN BESCHEID wies die belangte Behörde die rechtzeitig dagegen erhobene Vorstellung des Beschwerdeführers als unbegründet ab und führte im wesentlichen dazu aus, die Personalzulage gebühre nach § 46 Abs. 7 NÖ GBDO nur auf die Dauer der Innehabung eines Leiterpostens oder eines mit einem Leiterposten im Dienstpostenplan als vergleichbar bezeichneten Dienstpostens. Das Recht des Bezuges der Personalzulage (jedenfalls dem Grunde nach) hänge also kraft Gesetzes von der Innehabung eines solchen Dienstpostens ab. Der Beschwerdeführer habe viele Jahre hindurch bis zu seiner Versetzung in den zeitlichen Ruhestand für die Innehabung eines "leitenden" Dienstpostens eine Personalzulage - allerdings in unterschiedlicher Höhe - erhalten. Mit der Versetzung in den zeitlichen Ruhestand (31. Dezember 1987) habe für ihn aber die Innehabung eines leitenden Dienstpostens geendet, und somit auch kraft Gesetzes das Recht zum Bezug der Personalzulage. Der Beschwerdeführer habe am 17. Juli 1989 seinen Dienst zwar wieder angetreten und bis 26. Juli 1989 auch tatsächlich Dienst verrichtet, danach sei er jedoch bis zu seiner Versetzung in den dauernden Ruhestand (30. November 1989) nicht mehr zum Dienst erschienen, er habe vielmehr mit Schreiben vom 9. August 1989 der Stadtgemeinde M mitgeteilt, daß er sich als "im Krankenstand befindlich" betrachte. Mit dem Wiederantritt des Dienstes im Juli 1989 sei aber die früher bezogene Personalzulage nicht wieder aufgelegt, weil der Beschwerdeführer nicht wieder auf seinem früheren Dienstposten verwendet worden sei. Die Wertigkeit des neuen Dienstpostens und die damit verbundene Aberkennung der Personalzulage sei mit rechtskräftiger Erledigung des Bürgermeisters vom 3. Juli 1989 dem Beschwerdeführer mitgeteilt worden. Gemäß § 59 Abs. 2 lit. b NÖ GBDO sei bei der Ermittlung der Ruhegenußbemessungsgrundlage eine dem Gemeindebeamten zum Zeitpunkt seiner Versetzung in den Ruhestand gebührende Personalzulage (§ 46 Abs. 7 und 8 NÖ GBDO) zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer sei mit rechtskräftigem Bescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Partei mit Ablauf des 30. November 1989 in den dauernden Ruhestand versetzt worden, zu diesem Zeitpunkt habe dem Beschwerdeführer keine Personalzulage mehr gebührt, da diese kraft Gesetzes mit 31. Dezember 1987 geendet habe.

Am 13. August 1990 richtete der Beschwerdeführer folgendes Schreiben an die mitbeteiligte Partei:

"Durch ein Schreiben des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung vom 3.8.1990 an meinen Rechtsvertreter wurde ich in Kenntnis gesetzt, daß das Schreiben des Bürgermeisters vom 3.7.1989 betreffend Aberkennung der Personalzulage, Bescheid Zl. II-H-25/1/89 am 11.7.1989 beim Postamt hinterlegt wurde. Aufgrund dieses Schreibens habe ich mich sofort mit dem Postamt A in Verbindung gesetzt und konnte feststellen, daß die Hinterlegung dort tatsächlich am 11.7.1989 erfolgt ist und von mir am 17.7.1989 behoben wurde.

Dazu ist auszuführen, daß ich mich vom 16.6. bis 17.7.1989 im Urlaub befand und zwar in der Zeit vom 16.6. bis 23.6.1989 in Jugoslawien und in der Zeit vom 24. Juni bis 17. Juli 1989 in A. Es handelt sich dort um meine Urlaubsadresse und hätte eine Zustellung an diese nicht erfolgen dürfen. Ich habe davon Kenntnis erlangt, daß ein Poststück für mich eingelangt ist und habe den Bescheid vom 3.7.1989 am 17.7.1989 behoben.

Es ist bei der Zustellung des Bescheides ein Mangel eingetreten, da mir dieser Bescheid an meinem Urlaubsort in A und nicht nach M, meinem Hauptwohnsitz, zugestellt wurde. Gemäß § 7 Zustellgesetz heilen derartige Mängel und gilt die Zustellung als in dem Zeitpunkt vollzogen, in dem das Schriftstück der Person, für die es bestimmt ist, tatsächlich zugekommen ist. Wie ich ausgeführt habe, ist mir das Schriftstück tatsächlich am 17.7.1989 zugekommen und beginnt daher die Frist für die Berufung ab diesem Zeitpunkt zu laufen und ist daher die von mir am 26.9.1989 eingebrachte Berufung rechtzeitig.

Dazu kommt, daß offenbar - dessen bin ich aber nicht sicher - die Zustellung dieses Bescheides auch in M versucht wurde, dort aber nicht - wie im Gesetz vorgesehen - zwei Wochen hinterlegt wurde, sondern bereits nach 6 Tagen zurückgeschickt wurde, sodaß hier eine Zustellung überhaupt nicht ordnungsgemäß erfolgt ist und auch eine Heilung des Zustellmangels nicht eingetreten ist.

Es bleibt daher dabei, daß ich die Berufung rechtzeitig ausgeführt habe.

Nur für den unerwarteten Fall, als die Stadtgemeinde M der Meinung sein sollte, daß ich die Berufungsfrist trotz des oben Angeführten versäumt hätte, stelle ich den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung der Berufung über den Bescheid der Stadtgemeinde M vom 3.7.1989, Zl. II-H-25/1-89.

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf das oben ausgeführte verwiesen. Ich bin durch die Zustellung an meinem Urlaubsort A und nicht an meine Wohnadresse in M bzw. bei der versuchten Zustellung in M durch die gesetzwidrige nur einwöchige Hinterlegung durch ein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis ohne mein Verschulden gehindert worden, die Frist zur Berufung einzuhalten.

Dies habe ich durch das oben Ausgeführte glaubhaft gemacht. ...".

Dieser - eventualiter gestellte - Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde mit Bescheid des Bürgermeisters der mitbeteiligten Partei vom 7. Dezember 1990 im wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, die am 11. Juli 1989 erfolgte Hinterlegung des Schriftstückes (Schreiben des Bürgermeisters vom 3. Juli 1989) beim Postamt A habe Zustellwirkung gehabt, weil sich zum Zeitpunkt der Hinterlegung der Empfänger in seiner Zweitwohnung in A aufgehalten habe. Durch die Hinterlegung am 11. Juli 1989 beim Postamt A habe daher die 14-tägige Berufungsfrist begonnen. Die vom Beschwerdeführer am 26. Juli 1989 eingebrachte Berufung sei daher verspätet gewesen. Der Beschwerdeführer habe in seinem Antrag auch weder ein unvorhersehbares noch ein unabwendbares Ereignis für die Fristversäumnis glaubhaft gemacht. Der Beschwerdeführer habe vielmehr selbst wiederholt angegeben, daß er sich in der Zeit vom 24. Juni bis 17. Juli 1989 in seiner Zweitwohnung in A, H-Straße aufgehalten habe. Die Adressierung des Schreibens vom 3. Juli 1989 an diese Zweitwohnung sei daher als korrekte Zustellung anzusehen, da diese als "Wohnung" im Sinne des Zustellgesetzes anzusehen sei. Durch die gesetzlich vorgesehene Hinterlegung des Poststückes beim Postamt A habe daher die zweiwöchige Berufungsfrist zu laufen begonnen, es wäre dem Beschwerdeführer zumutbar gewesen, das Poststück zeitgerecht abzuholen und innerhalb der zweiwöchigen Frist eine Berufung einzubringen. Diese Ansicht habe auch bereits die Niederösterreichische Landesregierung in ihrer Entscheidung vom 4. September 1990 über die Vorstellung in Sachen Aberkennung der Personalzulage vertreten.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Berufung im wesentlichen mit dem Vorbringen, er habe sich zwar in der Zeit vom 24. Juni bis 17. Juli 1989 in A befunden, am 10. und 11. Juli 1989 jedoch in R aufgehalten, wo er auch genächtigt habe. Im Zeitpunkt der Hinterlegung des Poststückes am 11. Juli 1989 habe er sich daher nicht in seiner Wohnung in A aufgehalten, sodaß aufgrund der Ortsabwesenheit eine Hinterlegung nicht hätte durchgeführt werden dürfen. Auch die Hinterlegungsanzeige habe er erst am 17. Juli 1989 in seinem Briefkasten in A vorgefunden und noch am selben Tage die Postsendung behoben. Im übrigen wiederholte er seine Darstellung im Schreiben vom 13. August 1990.

Mit Bescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Partei vom 5. August 1991 wurde die Berufung des Beschwerdeführers als unbegründet abgewiesen und ausgeführt, aus dem vorliegenden Rückschein gehe das tatsächliche Hinterlegungsdatum mit 11. Juli 1989 eindeutig hervor, diese Hinterlegung sei auch ordnungsgemäß erfolgt, da der Beschwerdeführer der Post hätte bekanntgeben müssen, daß er sich für diese Zeit (gemeint: 10. und 11. Juli 1989) nicht in A aufhalte, erst dann hätte die Post nicht hinterlegen dürfen. Die belangte Behörde habe bereits in dem Vorstellungsbescheid vom 4. September 1990 festgestellt, daß der Bescheid des Bürgermeisters vom 3. Juli 1989 ordnungsgemäß zugestellt worden sei. Das nunmehr hervorgebrachte Argument, der Beschwerdeführer habe sich auch nicht in A befunden, sei durch die rechtskräftige Entscheidung der belangten Behörde hinfällig.

Mit dem nunmehr ERSTANGEFOCHTENEN BESCHEID wurde die dagegen vom Beschwerdeführer erhobene Vorstellung von der belangten Behörde als unbegründet abgewiesen. Nach der Begründung dieses Bescheides sei der Wiedereinsetzungsantrag zwar rechtzeitig gestellt, aber unbegründet, da nicht ein Fristversäumnis behauptet werde, sondern im Gegenteil, daß wegen des Vorliegens von Zustellmängeln die Zustellung des genannten Bescheides erst in dem Zeitpunkt als vollzogen gelte, in dem der Bescheid dem Beschwerdeführer tatsächlich zugekommen sei, dies sei der 17. Juli 1989 gewesen, die am 26. Juli 1989 erhobene Berufung sei damit als rechtzeitig anzusehen. Die behaupteten Zustellmängel, nämlich

a) die Zustellung an die unrichtige Abgabestelle (an die Urlaubsunterkunft in A und nicht an die Wohnung in M) bzw.

b) die nicht mindestens zweiwöchige Bereithaltung der am Postamt M hinterlegten Sendung,

könnten aber eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu rechtfertigen. Folge man nämlich den Behauptungen des Beschwerdeführers, so hätte er die Berufung rechtzeitig eingebracht und läge überhaupt keine Fristversäumnis vor. Fehle es aber nach diesen Behauptungen an einer Fristversäumnis, so sei der Wiedereinsetzungsantrag zutreffend negativ beschieden worden. Im übrigen würden im Wiedereinsetzungsantrag - außer den Zustellmängeln - keine weiteren Wiedereinsetzungsgründe angeführt. Allerdings sei in der Berufung noch die Behauptung aufgestellt worden, daß auf der Hinterlegungsanzeige das Hinterlegungsdatum (11. Juli 1989) derart schlampig und unkorrekt geschrieben gewesen sei, daß die Zahl 11 wie 17 erschienen sei. Dieses Vorbringen sei aber nicht im Wiedereinsetzungsantrag vom 13. August 1990 enthalten gewesen, sondern sei erstmalig in der Berufung gegen die Abweisung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhoben worden. Das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen sei aber in jenem Rahmen zu untersuchen gewesen, der durch die Behauptungen des Wiedereinsetzungswerbers im Wiedereinsetzungsantrag gesteckt sei. Aber selbst wenn dieses Vorbringen bereits im Antrag enthalten gewesen wäre, sei daraus nichts gewonnen, da der Irrtum über das genaue Zustelldatum durch die durchaus zumutbare Rückfrage beim Postamt hätte behoben werden können, was dem Beschwerdeführer als schuldhafte Verletzung der die Partei treffende Diligenzpflicht anzulasten sei.

Gegen die genannten Bescheide der belangten Behörde richten sich die vorliegenden Beschwerden, die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machen.

Die belangte Behörde hat in beiden Verfahren je eine Gegenschrift erstattet, in denen sie die Abweisung der Beschwerden als unbegründet beantragt, und die Verwaltungsakten vorgelegt.

Wegen des sachlichen und persönlichen Zusammenhanges hat der Verwaltungsgerichtshof beide Beschwerden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden und darüber erwogen:

1. Zum erstangefochtenen Bescheid:

Gemäß § 71 Abs. 1 lit. a des gemäß § 1 DVG auch im Dienstrechtsverfahren anzuwendenden AVG in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung BGBl. Nr. 136/1983 ist gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis ohne ihr Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen.

Voraussetzung für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist die Behauptung eines Rechtsnachteiles, das heißt die Behauptung, durch eine Fristversäumung eines (zumindest angeblichen) Anspruches verlustig gegangen zu sein (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. November 1981, Zl. 2551/80). Die Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt voraus, daß eine Frist versäumt wurde. Wurde keine Frist versäumt, ist einem Wiedereinsetzungsantrag schon aus diesem Grunde nicht stattzugeben (vgl. Beschluß des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Mai 1981,

Zlen. 81/03/0066, 0067, 0103 und 0104 zu der in diesem Punkte vergleichbaren Bestimmung des § 46 Abs. 1 VwGG). Eine Versäumung kann aber nicht eintreten, wenn die Zustellung des Schriftstückes (Bescheides oder Ladung) nicht rechtswirksam, das heißt unter Einhaltung der Bestimmungen des Zustellgesetzes erfolgt ist. Ist ein Zustellvorgang rechtswidrig, daher die Zustellung nicht rechtswirksam, so ist der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht der zum Ziel führende Rechtsbehelf, weil mangels des Beginnes des Laufs der Berufungs- oder sonstigen Rechtsmittelfrist auch keine Frist versäumt werden kann (vgl. hg. Erkenntnisse vom 22. Mai 1985, Zl. 85/03/0032, vom 23. Oktober 1985, Zl. 85/02/0188 und 0189, vom 11. Mai 1987, Zl. 86/10/0095 und vom 27. September 1989, Zl. 89/02/0112). Stellt der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand daher nicht auf eine Fristversäumnis, sondern im Gegenteil darauf ab, daß die Frist zur Erhebung des Rechtsmittels eingehalten wurde, so geht er - unter diesem Gesichtspunkt betrachtet - ins Leere (vgl. hg. Beschluß vom 5. Mai 1987, Zl. 87/04/0042 und die dort angeführte Judikatur, sowie Beschluß vom 8. April 1986, Zl. 86/14/0039 und 0040). Verneint der Wiedereinsetzungswerber also selbst, daß eine Säumnis vorliegt, weil der die Frist auslösende Bescheid noch gar nicht zugestellt worden ist bzw. - wie im vorliegenden Fall - erst durch Heilung iSd § 16 Abs. 5 ZustG zu einem späteren Zeitpunkt wirksam wurde, kommt schon deshalb eine Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht (vgl. hg. Erkenntnisse vom 15. Jänner 1986, Zl. 84/01/0023 und vom 15. Dezember 1988, Zl. 88/08/0294).

Im übrigen hat bereits die belangte Behörde zutreffend darauf verwiesen, daß die Partei im Verfahren wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an den in ihrem Antrag vorgebrachten Wiedereinsetzungsgrund gebunden bleibt. Eine Auswechslung oder Ergänzung dieses Grundes im Berufungsverfahren ist rechtlich unzulässig (vgl. auch hg. Erkenntnis vom 25. Oktober 1990, Zl. 89/06/0064). Daher ist das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen nur in jenem Rahmen zu untersuchen, der durch die Behauptungen des Wiedereinsetzungswerbers in seinem Antrag gesteckt wird (vgl. hiezu hg. Erkenntnisse vom 30. Jänner 1984, Zl. 84/05/0008, vom 9. Juni 1988, Zl. 87/08/0242, sowie die hg. Beschlüsse vom 27. März 1990, Zl. 90/11/0052, vom 30. September 1991, Zlen. 90/19/0497 und 91/19/0071, sowie ebenfalls vom 30. September 1991, Zlen. 91/19/0045 und 91/19/0072).

Der Wiedereinsetzungsantrag des Beschwerdeführers vom 14. August 1990 enthält jedoch nur die Behauptung, eine Zustellung an der "Urlaubsadresse" in A stehe mit den Bestimmungen des Zustellgesetzes in Widerspruch, eine allfällige Zustellung in M sei deshalb nicht ordnungsgemäß erfolgt, weil das Schriftstück bereits nach 6 Tagen nach Hinterlegung an den Absender zurückgeschickt worden sei. Daß sich aber die belangte Behörde nicht nur mit diesen, sondern auch mit anderen, erst im Berufungsverfahren geltend gemachten Wiedereinsetzungsgründen auseinandergesetzt hat, kann den Beschwerdeführer in keinem subjektiven Recht verletzt haben, sodaß eine Rechtswidrigkeit des erstangefochtenen Bescheides nicht erkannt werden kann. Der Beschwerde mußte daher ein Erfolg versagt bleiben.

2. Zum zweitangefochtenen Bescheid:

Durch den mit dieser (zweiten) Beschwerde angefochtenen Bescheid erachtet sich der Beschwerdeführer "in seinem subjektiven öffentlichen Recht auf Einbeziehung der Personalzulage in die Bemessungsgrundlage für den Ruhegenuß verletzt" und begründet dies damit, aus der Regelung des § 59 Abs. 2 lit. c NÖ GBDO lasse sich bei verfassungs- und gesetzeskonformer Auslegung der Norminhalt gewinnen, daß im konkreten Fall, in dem die Versetzung in den dauernden Ruhestand ab 1. Dezember 1989 gegenüber der faktischen Einstellung der Personalzulage mit 1. Juli 1989 im Rahmen der Fünfjahresfrist liege, der für die durchschnittliche Errechnung des Nebengebührenanteiles maßgebliche Zeitraum heranzuziehen sei. Selbst im Falle des Entzuges der

Personalzulage - sollte dies überhaupt erfolgt sein - könnten keinesfalls alle damit verbundenen Rechte erlöschen, da zu bedenken sei, daß auch vom Bezug der Personalzulage ein Pensionsbeitrag in voller Höhe zu entrichten sei und eine diesbezügliche Außerachtlassung bei der Ruhegenußbemessungsgrundlage einen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum darstellen würde.

Gemäß § 46 Abs. 7 NÖ GBDO 1976, in der Fassung der Novelle 1989 LGBl. Nr. 18, erhält der leitende Gemeindebeamte, der Leiter einer Abteilung beim Magistrat oder einer Gemeinde mit gegliederter Verwaltung (§ 112), der Leiter einer wirtschaftlichen Unternehmung einer Gemeinde sowie ein Gemeindebeamter, der einen im Dienstpostenplan als mit dem Dienstposten eines Leiters einer Abteilung vergleichbar bezeichneten Dienstposten innehat, auf die Dauer der Innehabung dieses Dienstpostens für die in Ausübung der Diensthoheit erbrachten Mehrdienstleistungen eine Personalzulage. Nach Abs. 8 leg. cit. ist die Personalzulage gemäß Abs. 7 in Hundertteilen des Gehaltes einschließlich der Verwaltungsdienstzulage und einer etwaigen Teuerungszulage jener Dienstklasse vom Gemeinderat, in den Städten mit eigenem Statut vom Stadtssenat, festzusetzen, die für diesen Dienstposten im Dienstpostenplan vorgesehen ist. Hierbei ist auf die Bedeutung der Dienststellung, ihre Verantwortlichkeit und das Ausmaß der Mehrdienstleistung Bedacht zu nehmen.

Gemäß § 59 Abs. 1 NÖ GBDO 1976 wird der Ruhegenuß aufgrund des ruhegenußfähigen Monatsbezuges und der ruhegenußfähigen Gesamtdienstzeit ermittelt, wobei 80 % des ruhegenußfähigen Monatsbezuges die Ruhegenußbemessungsgrundlage bilden.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. besteht der ruhegenußfähige Monatsbezug aus

- a) dem Gehalt, der dem Gemeindebeamten im Zeitpunkt seines Übertrittes oder seiner Versetzung in den Ruhestand gebührt. Könnte der Gemeindebeamte bei weiterer Dienstleistung noch in eine höhere Gehaltsstufe vorrücken und hat er im Zeitpunkt seines Übertrittes oder seiner Versetzung in den Ruhestand die für diese Vorrückung oder Zeitvorrückung erforderliche Dienstzeit schon zur Hälfte zurückgelegt, so ist der Gehalt um den Vorrückungsbetrag zu erhöhen;
- b) einer zu diesem Zeitpunkt allfällig gebührenden Ausgleichszulage gemäß § 4 Abs. 4 lit. a GBGO, Dienstalterszulage, Verwaltungsdienstzulage, Dienstzulage, PERSONALZULAGE und Zulage gemäß § 21 Abs. 1 bis 4 GBGO. Hat der Gemeindebeamte im Zeitpunkt der Versetzung oder des Übertrittes in den Ruhestand in der höchsten Gehaltsstufe mindestens die Hälfte der Zeit zurückgelegt, die für das Erreichen der Dienstalterszulage bzw. der erhöhten Dienstalterszulage erforderlich ist, dann ist er so zu behandeln, als ob er in diesem Zeitpunkt bereits Anspruch auf die Dienstalterszulage bzw. auf die erhöhte Dienstalterszulage gehabt hätte;
- c) dem Nebengebührenanteil, das ist der monatliche Durchschnitt der ruhegenußfähigen Nebengebühren (§ 42 Abs. 2), die dem Gemeindebeamten innerhalb von fünf Jahren vor dem Übertritt oder der Versetzung in den Ruhestand gebührt haben; dieser Zeitraum verschiebt sich um die Anzahl jener vollen Kalendermonate nach vorne, während derer sich der Gemeindebeamte im letzten Jahr vor dem Übertritt oder der Versetzung in den Ruhestand in einem über Aufforderung des Bürgermeisters vom Amtsarzt zu bestätigenden Krankenstand befunden hat, wenn er innerhalb von sechs Monaten ab dem Anfall des Ruhegenusses darum ansucht. Sofern jedoch in diesem Zeitraum durch die Bestellung auf einen Leiterposten eine Personalzulage gemäß § 46 Abs. 7 zuerkannt wurde, ist ein zufolge qualitativer Mehrdienstleistungsentschädigungen festgestellter Nebengebührenanteil nur insoweit zu berücksichtigen, als er die Personalzulage übersteigt. Wenn der Nebengebührenanteil anlässlich des Übertrittes oder der Versetzung in den Ruhestand den Betrag von 1 v.T. des ruhegenußfähigen Monatsbezuges gemäß lit. a und b nicht übersteigt, bleibt er für die Berechnung der Ruhegenußbemessungsgrundlage außer Betracht.

Gemäß Abs. 4 des § 59 leg. cit. tritt im Abs. 2 anstelle des Zeitpunktes des Übertrittes oder der Versetzung in den Ruhestand der Zeitpunkt der Vollendung des 45. Lebensjahres, wenn dies für den Gemeindebeamten günstiger ist.

Dazu vertrat die Berufungsbehörde mit Bescheid vom 5. November 1991 den Standpunkt, dem Beschwerdeführer habe im Zeitpunkt der Versetzung in den dauernden Ruhestand keine Personalzulage mehr gebührt, weil ihm diese Zulage bescheidmäßig mit Wirksamkeit vom 1. Juli 1989 aberkannt worden sei, wobei dieser Bescheid über die Aberkennung der Personalzulage rechtskräftig geworden sei, die früher bezogene Personalzulage daher in den ruhegenußfähigen Monatsbezug nicht eingerechnet werden könne.

Zunächst wendet sich der Beschwerdeführer auch in dieser Beschwerde gegen die Annahme der belangten Behörde, der Bescheid über die Aberkennung der Personalzulage sei - im Zeitpunkt der Erlassung des Ersatzbescheides des Gemeinderates der mitbeteiligten Partei vom 5. November 1991 - rechtskräftig gewesen. Die von dem Gemeinderat der mitbeteiligten Partei vertretene Rechtsauffassung trifft jedoch zu. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist nämlich die Rechtmäßigkeit eines Bescheides im allgemeinen zur Zeit seiner Erlassung zu beurteilen, was bedeutet, daß die Berufungsbehörde an jenen Rechtsbestand gebunden ist, wie er sich zur Zeit der Erlassung ihres Bescheides dargestellt hat. War aber zum Zeitpunkt der Erlassung des Ersatzbescheides (5. November 1991) die Wiedereinsetzung nicht bewilligt, so ist die Zurückweisung der Berufung rechtmäßig, die Rechtskraft des mit dem verspäteten Rechtsmittel bekämpften Bescheides ist unabhängig vom Antrag auf Wiedereinsetzung bereits eingetreten. Wäre die Wiedereinsetzung bewilligt worden, so wäre der Zurückweisungsbescheid gemäß § 72 Abs. 1 AVG von Gesetzes wegen außer

Kraft getreten (vgl. Erkenntnis des verstärkten Senates vom 23. Oktober 1986, Zl. 85/02/0251). Mit der Ablehnung der Einbeziehung der Personalzulage in die Ruhegenußbemessungsgrundlage gemäß § 59 Abs. 2 lit. b NÖ GBDO allein war jedoch der Berufungsantrag des Beschwerdeführers nicht erledigt, strebte dieser doch überdies die zumindest teilweise Berücksichtigung der Personalzulage gemäß § 59 Abs. 2 lit. c als ruhegenußfähige Nebengebühr und gemäß § 59 Abs. 4 NÖ GBDO an. Zwar hat sich die belangte Behörde mit diesem Einwand nicht befaßt, doch kann der Beschwerdeführer in einer Nichteinbeziehung der Personalzulage als ruhegenußfähige Nebengebühr nach § 59 Abs. 2 lit. c NÖ GBDO sich aus den nachstehenden Gründen nicht beschwert erachten:

Gemäß § 42 Abs. 2 sind von den in Abs. 1 aufgezählten Nebengebühren ruhegenußfähig

- a) Mehrdienstleistungsentschädigungen gemäß § 46 Abs. 1 bis 6 und Ausgleichszulagen gemäß § 29 Abs. 5;
- b) Sonderzulagen gemäß § 47 mit Ausnahme der Fehlgeldentschädigung und Schmutzzulagen;
- c) bis e) ...

Die dem Beschwerdeführer bis 31. Dezember 1987 zugestandene und auch bezogene Personalzulage nach § 46 Abs. 7 NÖ GBDO ist daher keine Mehrdienstleistungsentschädigung "gemäß § 46 Abs. 1 bis 6 und damit auch keine Nebengebühr im Sinne des § 42 Abs. 1. Daß die gewährte Personalzulage auch nicht als solche "Mehrdienstleistungsentschädigung" gewertet werden kann, erweist sich insbesondere auch aus § 59 Abs. 2 lit. b NÖ GBDO, der ausdrücklich Personalzulagen anführt (vgl. auch hg. Erkenntnis vom 25. September 1989, Zl. 87/12/0124). Steht aber ein Anspruch auf Berücksichtigung der Personalzulage weder nach § 59 Abs. 2 lit. b oder c NÖ GBDO zu, kommt eine Anwendbarkeit des Abs. 4 leg. cit. nicht in Betracht. Aus diesen Gründen war auch dieser Beschwerde ein Erfolg zu versagen und sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung des Bundeskanzlers, insbesondere Art. 1 Z. 4 und 5. BGBl. Nr. 104/1991.