

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

16.09.2010

Geschäftszahl

2006/12/0224

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Khorramdel, über die Beschwerde des P S in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur (nunmehr: Bundesministerin für Wissenschaft und Forschung) vom 10. November 2006, Zl. BMBWK-410.891/0002-VII/4/2006, betreffend Übergenuss gemäß § 13a GehG, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Universitätsprofessor seit 1. Oktober 2006 in einem öffentlich-rechtlichen Ruhestandsverhältnis zum Bund. Mit Wirkung vom 1. Jänner 1985 wurde er überdies zum Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik in Wien (ZAMG) bestellt, wofür ihm eine Nebentätigkeitsvergütung nach § 25 GehG in der Höhe von zuletzt ab 1. Jänner 2002 monatlich EUR 1.833,-- brutto bescheidmäßig zugemessen und ausbezahlt wurde.

Mit Schreiben vom 12. März 2004 entband die Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur den Beschwerdeführer über seinen Wunsch von der Funktion als Direktor der ZAMG rückwirkend mit 29. Februar 2004.

Hinsichtlich des weiteren Geschehensverlaufes siehe die wiedergegebenen Bescheide der Verwaltungsbehörden.

Mit schriftlichem Antrag vom 20. März 2006 beantragte der Beschwerdeführer die Rückerstattung der bislang unter dem Titel "Übergenuss" einbehaltenen Gehaltsbestandteile sowie die Einstellung der weiteren Einbehaltung. Sollte die Behörde seiner Rechtsansicht nicht beitreten können, so beantrage er weiters die bescheidmäßige Absprache über die Gebührlichkeit der Nebentätigkeitsvergütung.

Begründend führte der Beschwerdeführer aus, einem Schreiben der Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 3. November 2005 an das Amt der Universität Wien sei zu entnehmen, dass das Ministerium auf dem Standpunkt stehe, dass er seine Funktion als Direktor der ZAMG mit 29. Februar 2004 beendet habe und daher für die Ausübung seiner Tätigkeit als ständiger Vertreter Österreichs bei der WMO bis September 2004 eine Nebentätigkeitsvergütung nicht gerechtfertigt sei. Deshalb sei die Einbehaltung des Übergenusses in Raten von monatlich EUR 318,40 weiter durchzuführen.

Dem sei entgegenzuhalten, dass der Beschwerdeführer die Ausübung seiner Tätigkeit als ständiger Vertreter Österreichs bei der WMO mit 29. Februar 2004 nicht beendet habe, ja nicht einmal hätte beenden können.

Mit Dekret vom 17. Dezember 1999 sei seine befristete Bestellung als Direktor der ZAMG auf den 31. Dezember 2004 festgelegt worden. Von dieser Funktion sei der Beschwerdeführer mittlerweile entbunden worden.

Mit der Funktion des Direktors der ZAMG sei aber auch als Nebentätigkeit die Funktion des ständigen Vertreters Österreichs bei der World Meteorological Organization (WMO) sowie des Leiters der österreichischen Delegation im Rat des Europäischen Zentrums für mittelfristige Wettervorhersagen bzw. von

EUMETSAT verbunden. Bei der Ausübung dieser Tätigkeiten sei auch das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten eingebunden gewesen, das ihm die Weisung erteilt habe, die Vertretung Österreichs bei internationalen meteorologischen Organisationen dennoch bis auf weiters auszuüben, weil die zur Ablöse erforderliche Notifizierung nicht wie vorgesehen habe erfolgen können.

Erst am 22. Oktober 2004 sei dem Beschwerdeführer vom Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten mitgeteilt worden, dass er nunmehr nach Beschlussfassung durch den Ministerrat der Republik Österreich von der Vertretung Österreichs bei den internationalen meteorologischen Organisationen entbunden sei. Von diesem Umstand habe er seine Personalstelle umgehend in Kenntnis gesetzt.

Die Übergabe der Agenden habe also nicht mit Ablauf des 31. März 2004, sondern erst mit Oktober desselben Jahres erfolgen können, da der Beschwerdeführer an innerstaatliche Weisungen, die auf Grundlage bindender völkerrechtlicher Verträge erteilt worden seien, gebunden gewesen sei.

In rechtlicher Hinsicht sei noch auszuführen, dass eine Nebentätigkeitsvergütung bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen solange gebühre, als die Tätigkeit tatsächlich ausgeübt werde.

Der Beschwerdeführer sei auf Grund der seinem Dienstverhältnis innewohnenden Treuepflicht auf jeden Fall verbunden gewesen, diese Tätigkeit auftragsgemäß und verantwortungsvoll bis zu einer rechtskonformen Ablöse weiterzuführen. Eine "Arbeitsniederlegung" mit Datum 29. Februar 2004 hätte der Republik im geringsten Fall einen großen Ansehensverlust und unter Umständen sogar finanzielle Nachteile eingebracht.

Der Beschwerdeführer habe daher die ihm angewiesene Nebentätigkeitsvergütung zu Recht bezogen.

Das Amt der Universität Wien erließ daraufhin folgenden Bescheid vom 11. April 2006 (Hervorhebungen und Schreibfehler im Original):

"BESCHEID

Es wird festgestellt, dass Sie in der Zeit vom 1.4.2004 bis 31.10.2004 den Betrag in der Höhe von EUR 12.833,10 brutto als Vergütung für Nebentätigkeit als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geophysik zu Unrecht erhalten haben und gemäß § 13a Gehaltsgesetz 1956 (GehG) in Verbindung mit § 25 Gehaltsgesetz 1956 (GehG) dem Bund zu ersetzen haben. Unter Berücksichtigung der bis inklusive Mai 2006 einbehaltenen Beträge in der Höhe von insgesamt Euro 5.962,-- brutto, haben Sie dem Bund noch einen Restbetrag in der Höhe von Euro 6.871,10 brutto zu erstatten.

BEGRÜNDUNG

Sie stehen als Universitätsprofessor in einem öffentlichrechtlichen Bundesdienstverhältnis und sind der Universität Wien zugewiesen. Mit Wirkung vom 1.1.1985 wurden Sie überdies zum Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik in Wien bestellt. Mit Bescheid des (damaligen) Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung vom 10.11.1986 wurde Ihnen für diese Nebentätigkeit eine Vergütung gemäß § 25 Gehaltsgesetz in der Höhe von monatlich ATS 8.000,-- brutto zuerkannt. Mit Bescheid des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kunst vom 23.11.1995 wurde Ihre Nebentätigkeitsvergütung neu bemessen und wie folgt festgesetzt: ab 1. Juli 1988: ATS 19.504,--, ab 1. Jänner 1989: ATS 20.069,50, ab 1. Jänner 1990: ATS 20.651,50, ab 1. April 1990: ATS 20.826,50, ab 1. Jänner 1991: ATS 22.055,50, ab 1. Jänner 1992, ATS 23.004,--, ab 1. Jänner 1993:

ATS 23.912,50, ab 1. Jänner 1994: ATS 24.522,50 und ab 1. Jänner 1995: ATS 25.226,50. Diese Vergütung betrug ab 1. Jänner 2002 monatlich Euro 1.833,-- brutto.

Zu den Aufgaben dieser Nebentätigkeit zählten die Führung der laufenden Geschäfte der Zentralanstalt, die Vertretung der Zentralanstalt nach außen sowie die Vertretung Österreichs bei internationalen meteorologischen und geophysikalischen Organisationen. Der Bemessung wurde ein Arbeitszeitaufwand für Ihre Nebentätigkeit von rund 20 Wochenstunden zu Grunde gelegt.

Mit Schreiben vom 30.1.2004 ersuchten Sie das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur um Entbindung von Ihrer Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik.

Mit Schreiben vom 12.3.2004 entband Sie das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur von Ihrer Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik rückwirkend mit 29.2.2004.

Mit Schreiben vom 13.4.2004 informierten Sie die Personalabteilung der Universität Wien über die Beendigung Ihrer Nebentätigkeit als Direktor der Zentralanstalt mit 31.3.2004 und ersuchten um Einstellung Ihrer Nebentätigkeitsvergütung.

Mit E-Mail vom 20.4.2004 teilte Ihnen die zuständige Personalreferentin des Amts der Universität Wien mit, dass Ihre Nebentätigkeitsvergütung ab April 2004 eingestellt werde.

Mit E-Mail vom 6.5.2004 teilten Sie der Personalreferentin mit, Sie seien vom Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten, Sektion V, Abteilung 4, ersucht worden, die Vertretung Österreichs bei internationalen meteorologischen Organisationen bis auf Weiters noch auszuüben, weil die erforderliche

Notifizierung der Beendigung der Funktion an diese internationalen Organisationen aus internen Gründen noch nicht wie vorgesehen habe erfolgen können.

Angesichts dieser Mitteilung wurde die bereits eingestellte Nebentätigkeitsvergütung wieder flüssig gemacht. Die endgültige Einstellung wurde erst am 4.11.2004 rückwirkend mit 31. März 2004 vorgenommen.

Mit Schreiben vom 14.2.2005 ersuchte das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur das Amt der Universität Wien um Mitteilung, ob Sie im Rahmen Ihrer Tätigkeit an der Universität Wien, Institut für Meteorologie und Geophysik, eine Meldung einer Nebenbeschäftigung oder Nebentätigkeit abgegeben hätten.

Mit Schreiben vom 21.2.2005 teilte das Amt der Universität Wien dem Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur mit, dass Sie für die Zeit vom 1.1.1985 bis 31.10.2004 eine Nebentätigkeit als Direktor der Zentralanstalt gemeldet hätten.

Mit Schreiben vom 11.3.2005 teilte das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur dem Amt der Universität Wien mit, dass unter Berücksichtigung einer angemessenen Übergangszeit zur Weitergabe aller Agenden an den mit 1.4.2004 provisorisch mit der Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik betrauten bisherigen Vizedirektor HR Univ.-Doz. Dr. F N die Vergütung für Ihre Nebentätigkeit rückwirkend mit Ablauf des 31.3.2004 einzustellen sei.

Mit Schreiben vom 6.7.2005 teilten Sie der Leiterin der Personalabteilung der Universität Wien mit, dass Sie in Ihrer Funktion als Direktor des nationalen meteorologischen Dienstes der ständige Vertreter der Republik Österreich bei der World Meteorological Organisation (WMO) gewesen seien. Als ständiger Vertreter eines Mitgliedstaats hätten Sie diese Funktion bis zum Einlangen der schriftlichen Meldung eines Nachfolgers beim Generalsekretär der WMO weiter auszuüben gehabt. Der Ministerratsbeschluss über Ihre Ablöse sei erst am 31.8.2004 erfolgt. Die Meldung sei beim Generalsekretär der WMO erst am 6.10.2004 eingegangen. Bis zu diesem Zeitpunkt hätten Sie das österreichische Stimmrecht auszuüben gehabt und seien für die fachliche Abwicklung der meteorologischen und hydrologischen Agenden (März-September: 200 Geschäftsfälle) verantwortlich gewesen. Ihrem Schreiben waren folgende Dokumente beigelegt: WMO-Konvention Artikel 3 (b), General Regulations Reg. 6, General Regulations Definitions, Reference Guide f. PR: Pkt.2.1.4., WMO Schreiben 10486-04/SG/CER/MRP vom 18.10.2004, Tätigkeitsbericht als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik 1985-2004.

Ihr Schreiben vom 6.7.2005 wurde zuständigkeitshalber an das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur weitergeleitet.

Mit Schreiben vom 3.11.2005 teilte das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur dem Amt der Universität Wien mit, die aufgrund Ihres Schreibens durchgeführten Ermittlungen seitens der für die Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik zuständigen Fachabteilung des BMBWK hätten ergeben, dass - auf Basis der von Ihnen eingeholten Stellungnahme - eine Nebentätigkeitsvergütung für die Ausübung Ihrer Tätigkeit als ständiger Vertreter Österreichs bei der WMO für die Zeit ab der Beendigung Ihrer Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik mit 29.2.2004 bis September 2004 nicht gerechtfertigt sei. Die Einbehaltung des Übergennusses sei daher weiterhin durchzuführen.

Mit Schreiben vom 1.12.2005 informierte Sie das Amt der Universität Wien über den Inhalt dieses Schreibens des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur.

Weiters teilte Ihnen das Amt der Universität Wien mit, dass im April 2005 aus der rückwirkenden Einstellung der Vergütung für Nebentätigkeit eine offene Forderung in der Höhe von EUR 12.833,10 brutto bestanden habe. Bis zur Entscheidung über Ihre schriftliche Sachverhaltsdarstellung sei die monatliche Ratenzahlung ab 1.4.2005 mit EUR 348,-- brutto festgesetzt worden. Zum 1. Jänner 2006 betrage die offene Forderung noch EUR 9.701,10 brutto. Die Monatsrate werde für den Zeitraum vom 1.1.2005 bis 30.9.2006 auf EUR 566,-- brutto erhöht. Die zum Zeitpunkt Ihrer Versetzung in den Ruhestand (30.9.2006) noch aushaftende Forderungshöhe werde demnach EUR 4.661,10 brutto betragen.

Mit Schreiben vom 20.3.2006 brachten Sie beim Amt der Universität Wien einen Antrag wegen 'Übergennuss' ein und führten aus, dass Sie Ihre Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik mit 29.2.2004 nicht beendet hätten, sondern die damit verbundene Tätigkeit als ständiger Vertreter Österreichs bei der WMO sowie Ihre Tätigkeit als Leiter der österreichischen Delegation im Rat des Europäischen Zentrums noch bis September 2004 weiter ausgeübt hätten (*es folgt die bereits oben wiedergegebene Begründung*). Sie beantragen die Rückerstattung der unter dem Titel 'Übergennuss' einbehaltenen Gehaltsbestandteile sowie die Einstellung der weiteren Einbehaltung. Sollte dieser Rechtsansicht nicht beigetreten werden, beantragen Sie die bescheidmäßige Absprache über die Gebührlichkeit der Nebengebühren.

Das Amt der Universität Wien hat erwogen:

... (*Darstellung der anzuwendenden Rechtsvorschriften*)

...

Sie haben aus dem Titel der Vergütung für Nebentätigkeit gemäß § 25 GehG im Zeitraum vom 1.4.2004 bis 31.10.2004 Geldleistungen erhalten, denen die Annahme zu Grunde lag, sie übten eine Nebentätigkeit als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik aus.

In einem Verfahren zur Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz gemäß § 13a Abs 3 GehG ist zu prüfen, ob die aus dem Titel der Vergütung für eine Nebentätigkeit zur Auszahlung gebrachten Leistungen gemäß § 25 GehG tatsächlich gebührten, verneinendenfalls, ob sie im guten Glauben empfangen worden sind.

Sie wurden auf Ihren Antrag mit Verfügung des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur vom 12.3.2004 rückwirkend mit 29.2.2004 von Ihrer Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik entbunden. Jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Zustellung dieser Verfügung hatten Sie die Direktorsfunktion nicht mehr inne und waren für die Erfüllung der Aufgaben des Direktors der Zentralanstalt - die wie folgt festgelegt waren: die Führung der laufenden Geschäfte der Zentralanstalt, die Vertretung der Zentralanstalt nach außen sowie die Vertretung Österreich bei internationalen meteorologischen und geophysikalischen Organisationen - nicht mehr verantwortlich bzw. zuständig.

Das an Sie gerichtete Ersuchen des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten, die internationalen Aufgaben wegen der nicht rechtzeitigen Notifizierung noch weiter auszuüben, ändert nichts an dem Umstand, dass Ihre Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik mit der Enthebung durch das zuständige Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur geendet hat.

Die mit der Beendigung Ihrer Nebentätigkeit als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik in Widerspruch stehende WMO-Konvention Artikel 3 (b) samt General Regulations:

Reg. 6, General Regulations: Definitions, Reference Guide f. PR:

Pkt.2.1.4. und WMO Schreiben 10486-04/SG/CER/MRP vom 18.10.2004, kann weder eine weitere Betrauung mit der Direktorsfunktion bewirken noch einen Anspruch auf Weiterzahlung der für die Funktion des Direktors der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik bemessenen Nebentätigkeitsvergütung begründen.

Durch Ihr an die zuständige Personalreferentin des Amts der Universität Wien gerichtetes E-Mail vom 6.5.2004 hinsichtlich der Information des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten entstand bei der Personalreferentin der Eindruck, sie übten Ihre Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik weiter aus. Auf Grund dieser Mitteilung veranlasste sie, dass Ihnen die monatliche Vergütung für Ihre Nebentätigkeit, die bereits eingestellt war, wieder überwiesen wurde.

Tatsächlich wurde aber die mit Verfügung vom 12.3.2004 rückwirkend mit 29.2.2004 erfolgte Abberufung von der Funktion als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik vom zuständigen Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur weder abgeändert noch aufgehoben. Eine Verfügung der allein zuständigen Bundesministerin für Bildung, Wissenschaft und Kultur, mit der Ihnen die weitere Ausübung der Funktion des Direktors der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik zur Gänze oder teilweise weiter übertragen worden wäre, liegt unzweifelhaft nicht vor und wurde von Ihnen auch nicht behauptet.

Da mit der Entbindung von Ihrer Nebentätigkeit als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik Ihr Anspruch auf Vergütung für diese Nebentätigkeit geendet hat, ist für den Zeitraum vom 1.4.2004 bis 31.10.2004 von der mangelnden Gebührlichkeit der Vergütung Ihrer Nebentätigkeit als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik auszugehen.

In Ihrem Schreiben vom 30.3.2006, in welchem Sie die bescheidmäßige Absprache der Gebührlichkeit der Nebentätigkeitsvergütung beantragten, haben Sie den Empfang dieser Vergütung im guten Glauben nicht geltend gemacht.

Für die Beurteilung der Frage, ob dem Empfänger eines Betrags (eines Übergenusses), dessen Zahlung auf einem Irrtum der auszahlenden Stelle zurückgeht, Gutgläubigkeit zuzubilligen ist, kommt es - nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs - nicht auf das subjektive Wissen des Leistungsempfängers, sondern auf die objektive Erkennbarkeit des Übergenusses (des Irrtums der auszahlenden Stelle) an. Demnach ist Gutgläubigkeit beim Empfang von Übergenüssen schon dann nicht anzunehmen, wenn der Leistungsempfänger - nicht nach seinem subjektiven Empfinden, sondern objektiv beurteilt - bei Anwendung eines durchschnittlichen Maßes an Sorgfalt an der Rechtmäßigkeit der ihm ausbezahlten Leistungen auch nur hätte Zweifel haben müssen.

Es ist klar erkennbar, dass die Wiederaufnahme der Auszahlung der in Rede stehenden Vergütung deshalb erfolgte, weil Sie durch Ihre E-Mail vom 6.5.2004 bei der zuständigen Personalreferentin des Amts der Universität Wien den Eindruck erweckt haben, Sie seien weiterhin als Direktor der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik tätig. In Kenntnis des umfangreichen Aufgabenbereichs als Direktor der Zentralanstalt (Führung der laufenden Geschäfte der Zentralanstalt, Vertretung der Zentralanstalt nach außen sowie Vertretung Österreich bei internationalen meteorologischen und geophysikalischen Organisationen) hätten Sie jedoch jedenfalls Zweifel haben müssen, ob Ihnen nach Beendigung der Direktors-Funktion mit 29.2.2004 die ausdrücklich für die Ausübung der Direktors-Funktion zugesprochene Vergütung überhaupt weiterhin gebührt. Es konnte für Sie kein Zweifel bestehen, dass sich das Ersuchen des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten nur auf die Vertretung Österreichs bei internationalen Organisationen bezog und weder

inhaltlich noch von der Zuständigkeit her als Verlängerung der Betrauung mit der gesamten Direktorsfunktion (miss)verstanden werden konnte.

Da Ihnen die aus dem Titel der Vergütung für eine Nebentätigkeit gemäß § 37 BDG 1979 über den 31.3.2004 hinaus zur Auszahlung gebrachten Leistungen gemäß § 25 GehG tatsächlich nicht gebühren und Sie diese auch nicht im guten Glauben empfangen haben, sind die zu Unrecht von Ihnen angenommenen Leistungen in der Höhe von EUR 12.833,10 brutto dem Bund zurückzuerstatten.

Für den Zeitraum vom 1.4.2005 bis 31.12.2005 wurde Ihre monatliche Rate mit EUR 348,-- und für den Zeitraum vom 1.1.2006 bis 30.9.2006 mit EUR 566,-- festgesetzt. Unter Berücksichtigung der bis inklusive Mai 2006 einbehaltenen Beträge in der Höhe von insgesamt Euro 5.962,-- brutto, haben Sie dem Bund noch einen Restbetrag in der Höhe von Euro 6.871,10 brutto zu erstatten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Ob Ihnen für die über den Zeitpunkt der Enthebung von der Direktorsfunktion hinaus ausgeübte Vertretung Österreichs in den angeführten fach einschlägigen internationalen Organisationen eine Nebentätigkeitsvergütung gebührt, kann nicht Gegenstand dieses Bescheids sein, da sich die hier behandelte besoldungsrechtliche Frage ausschließlich auf die Vergütung bezieht, die Ihnen für die Ausübung der gesamten Funktion des Direktors der Zentralanstalt für Meteorologie und Geodynamik bemessen wurde."

In der dagegen erhobenen Berufung vom 26. April 2006 führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, die rückwirkende Einstellung der Nebentätigkeitsvergütung mit 31. März 2004 sei rechtswidrig, weil er jedenfalls große Aufgabenspektren, wie beispielsweise die Vertretung der Republik Österreich bei der WMO als internationale Organisation, weiterhin ausgeübt habe. Das Vorliegen dieses Umstandes habe er der Dienstbehörde wiederholt zur Kenntnis gebracht. Auch habe er einen breiten Tätigkeitsnachweis für die Fülle seiner Aufgaben für die Zeit vom 1. April bis 31. Oktober 2004 geliefert. Allein in dem Zeitraum März bis September 2004 seien über 200 Geschäftsfälle angefallen und von ihm bearbeitet worden. Es sei unstrittig, dass seine Tätigkeit als ständiger Vertreter der Republik Österreich bei der WMO erst im Oktober 2004 beendet worden sei. Diese Tätigkeit sei der Dienstbehörde auch bekannt gewesen und habe er daher auf jeden Fall von einer konkludenten Zustimmung zur Vornahme dieser Tätigkeit ausgehen dürfen. Eine ausdrückliche Untersagung der Verrichtung der Tätigkeit sei nie erfolgt, vielmehr sei er durch das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten aufgefordert worden, die Tätigkeit weiterhin auszuüben.

Im strittigen Zeitraum sei der Kontakt zwischen der WMO und der Republik Österreich weiter einzig über den Beschwerdeführer als ständigen Vertreter gelaufen. Dazu habe auch beispielsweise die Ausübung des Stimmrechts Österreichs bei der Wahl des Vizepräsidenten der RA VI gehört.

Der Aufwand habe exemplarisch darin bestanden, dass der Beschwerdeführer gezwungen gewesen sei, sich weiterhin über die Geschäftsführung der ZAMG auf dem Laufenden zu halten. Um dies sicherzustellen, habe es nahezu täglicher Informationsgespräche mit dem Direktor bedurft.

Bis zum Zeitpunkt der Ablöse mit 6. Oktober 2004 (Einlangen der Meldung beim Generalsekretär der WMO) sei der Beschwerdeführer für die fachliche Abwicklung der meteorologischen und hydrologischen Agenden (März bis September ca. 200 Geschäftsfälle) zuständig gewesen. Damit sei auch eine interne österreichische Koordinationsfunktion verbunden, weil mit dem Hydrographischen Zentralbüro, dem Flugwetterdienst und dem Militärwetterdienst neben der ZAMG noch drei bundesweit tätige Dienste fachlich betroffen seien. Der bei den internationalen Organisationen übliche Nationalitätenproporz mache es überdies für den ständigen Vertreter erforderlich, in Zusammenarbeit mit der österreichischen Mission in Genf auf eine qualifikationskonforme Wertigkeit der Dienstposten zu achten. Auf den diesbezüglichen Einsatz des Beschwerdeführers sei es zurückzuführen, dass eine qualifizierte Österreicherin im April des Jahres 2004 in eine hohe Position beim IPCC befördert worden sei.

Der Beschwerdeführer habe einen Empfang im guten Glauben nicht explizit eingewendet, weil bei einem rechtmäßig bezogenen Bezugsbestandteil ein schlechter Glaube den tatsächlichen Rechtsanspruch zu beseitigen nicht geeignet wäre. Überdies sei die Frage der Empfangnahme im guten Glauben seitens der Dienstbehörde von Amts wegen im Sinne des § 8 DVG zu prüfen. Dies habe die bescheiderlassende Behörde auch getan, sei in der Folge aber zu einem unrichtigen Ergebnis gelangt, weil selbst für den Fall, dass ein Teil der Nebengebührenvergütung tatsächlich zu Unrecht in Empfang genommen worden wäre, auf Grund der gegebenen Sachlage jedenfalls von einem Empfang im guten Glauben im Sinne des § 13a GehG auszugehen sei und eine Rückersatzverpflichtung daher ausgeschlossen sein müsse. Der Beschwerdeführer habe zu jedem Zeitpunkt auf die Gebührllichkeit der Vergütung vertrauen dürfen, da er die Tätigkeit ja tatsächlich ausgeführt habe.

Hätte die Dienstbehörde tatsächlich Zweifel an der Gebührllichkeit der Vergütung in voller Höhe gehabt, so hätte sie im besten Falle eine Neubemessung vorzunehmen gehabt. Eine rückwirkende Einstellung der Vergütung sei auf Grund der gegebenen Sachlage jedenfalls unzulässig und daher rechtswidrig.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 10. November 2006 wies die belangte Behörde die Berufung des Beschwerdeführers ab.

Nach Darstellung des Verfahrensganges führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus (Hervorhebungen und Schreibfehler im Original):

"Was den von der Dienstbehörde erster Instanz festgestellten Sachverhalt anbelangt, wird dieser bezüglich des zeitlichen Geschehnisverlaufs und der Ermittlung des Übergussbetrages, insbesondere mangels entgegenstehender Einwendungen, als unstrittig angesehen und, als wesentlicher Sachverhalt der Berufungsentscheidung übernommen.

Demnach steht fest, dass Sie bis zur Wirksamkeit Ihrer Abberufung mit dem Ablauf des 29. Februar 2004 die Funktion eines Direktors der ZAMG als Nebentätigkeit zu Ihrer Haupttätigkeit als Universitätsprofessor an der Universität Wien ausgeübt haben. Einen Teil des Aufgabenspektrums dieser Tätigkeit stellt die Wahrnehmung der Vertretung Österreichs im Rahmen der Internationalen Meteorologischen Organisation (WMO) dar.

Für das Gesamtspektrum der Aufgaben eines Direktors der ZAMG wurde Ihnen (ursprünglich) durch das zuständige Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung, mit Zustimmung des Bundesministeriums für Finanzen, eine Nebentätigkeitsvergütung nach § 25 GehG in der ursprünglichen Höhe von ATS 8.000,- zugemessen.

Seit dem 1. Jänner 2002 bis zum Ende Ihrer Tätigkeit betrug die Nebentätigkeitsvergütung monatlich EUR 1.833,- brutto.

Weiters kann festgestellt werden, dass Sie im Mai 2004 durch das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten (informell), trotz der Abberufung von der Tätigkeit als Direktor der ZAMG mit der Fortführung der Vertretung Österreichs bei der WMO beauftragt wurden.

Dies im Wesentlichen deshalb, da die Vertretungsfunktion bei der WMO zwar idR mit der Tätigkeit als Direktor der ZAMG verbunden ist, das Prozedere der Akkreditierung Ihres Nachfolgers aber für den Übergangszeitraum die Fortführung der Tätigkeit durch Sie zur Vermeidung einer Vakanz des Sitzes Österreichs bei der WMO, erforderlich gemacht hat.

Wie Sie sowohl in Ihrem Schreiben vom 20. März 2006 als auch in Ihrer Berufung vom 26. April 2006 selbst ausführen, stehen alle von Ihnen nach der Aufgabe der Funktion des Direktors der ZAMG verrichteten weiteren Tätigkeiten für den Bund im Zusammenhang mit der Wahrnehmung des Sitzes Österreichs in der WMO. Sowohl die von Ihnen eingewandte Bearbeitung von Geschäftsfällen als auch die Information der Direktion der ZAMG sowie die Kontakthaltung zum Hydrografischen Zentralbüro, dem Flugwetterdienst und dem Militärwetterdienst sind Teil dieser Vertretungstätigkeit.

Weitere vom Direktor der ZAMG in dieser Leitungsfunktion zu bewältigende Tätigkeiten haben Sie seit Ihrer Abberufung aus Ihrer Funktion nach eigenen Angaben nicht erfüllt. Weder sind Ihnen solche durch die ZAMG selbst noch durch eine andere zuständige Behörde im Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Oktober 2004 übertragen worden.

Aufgrund des § 25 Abs. 1 GehG gebührt dem Beamten eine angemessene Nebentätigkeitsvergütung, soweit die Nebentätigkeit nicht nach anderen bundesgesetzlichen Vorschriften oder den Bestimmungen eines privatrechtlichen Vertrages zu entlohnen ist. Letzteres liegt im gegenständlichen Fall jedenfalls nicht vor.

Auf die Entschädigung für Nebentätigkeit besteht ein Rechtsanspruch des Beamten, wenn er die für diesen Anspruch im Gesetz statuierten Voraussetzungen erfüllt. Erfüllt er diese nicht, gebührt auch die Entschädigung nicht. Ein Ermessensspielraum ist der Behörde nicht eingeräumt. Allerdings ist verfahrensrechtlich zwingend die bescheidmäßige Festsetzung der Entschädigung vorgesehen.

Das Gesetz bringt mit den Worten angemessene Nebentätigkeitsvergütung ein Äquivalenzprinzip zum Ausdruck, das die Bedachtnahme auf die Bedeutung der Nebentätigkeit, also auf den Inhalt der Leistung, bei der Bemessung zwingend erfordert (u.a. VwGH 16. Juni 1986, Zl. 8512/01/09 etc.)

In Anwendung dieser Bestimmung wurde Ihnen die Entschädigung für die Tätigkeit als Direktor der ZAMG zugemessen. Damit sind alle mit dem Inhalt dieser Funktion verbundenen Leistungen als abgegolten anzusehen.

Daraus ergibt sich in Anwendung des Äquivalenzprinzips zwingend, dass die Fortführung nur eines Teiles der Leistungen nicht zur selben Entschädigung führen kann, die für die Verrichtung des gesamten Leistungsspektrums einer Nebentätigkeit zugemessen wurde.

Es kann der Dienstbehörde erster Instanz daher nicht entgegen getreten werden, wenn sie meint, dass durch die weitere Wahrnehmung der Funktion der Vertretung Österreichs bei der WMO (und der damit verbundenen Aufgaben) nach Abberufung von der Funktion als Direktor der ZAMG nur mehr ein Teil des zuvor ausgeübten Leistungsspektrums erbracht wurde und die Nebentätigkeitsvergütung im ursprünglichen Ausmaß nicht fortgebührt.

Eine Bemessung der Entschädigung für die mit (informellem) Auftrag des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten wahrgenommene Nebentätigkeit nach den Regelungen des § 25 GehG ist weder aktenkundig noch wurde eine solche von Ihnen eingewandt. Daher liegt für den Zeitraum des Fortbezuges der vollen Nebentätigkeitsvergütung alleine für die Tätigkeit als Vertreter Österreichs bei der WMO die Auszahlung einer nicht durch den Bund geschuldeten Leistung vor.

Nach § 13a Abs. 1 GehG sind zu Unrecht empfangene Leistungen (Übergenüsse), soweit sie nicht in gutem Glauben empfangen worden sind, dem Bund zu ersetzen.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage der Gutgläubigkeit bei Inempfangnahme des Übergenusses amtswegig zu prüfen. Seit dem Erkenntnis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. Juni 1965, Zl. 1278/63 ist für die Beurteilung der Frage, ob dem Empfänger eines nicht geschuldeten Betrages, dessen Zahlung auf einen Irrtum der auszahlenden Stelle zurückgeht, Gutgläubigkeit zuzubilligen ist, nicht das subjektive Wissen des Leistungsempfängers, sondern die objektive Erkennbarkeit des Übergenusses maßgeblich.

Gutgläubigkeit beim Empfang von Übergenüssen ist daher 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, auf einem Irrtum der auszahlenden Stelle beruht, den der Leistungsempfänger weder erkennt noch veranlasst hat, so ist dieser Irrtum dann objektiv erkennbar (und löst die Rückersatzpflicht aus), wenn er in der offensichtlich falschen Anwendung einer klaren, der Auslegung nicht bedürftigen Norm besteht.

Andernfalls, also einer zwar unrichtigen aber nicht offensichtlich falschen Auslegung der Norm, ist die objektive Erkennbarkeit zu verneinen.

Bei Anwendung des § 13a GehG hat es auf ein Verschulden der auszahlenden Stelle, das bei Übergenüssen im Regelfall gegeben sein wird, nicht anzukommen (VwGH 17. März 1977, Zl. 21 und 22/77).

Ob sich der Leistungsempfänger selbst in einem, durch die auszahlende Stelle aufgrund von über die bloße Auszahlung hinaus gehenden Umständen bewirkten Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Zahlung befindet, ändert daran nichts, wenn der Leistungsempfänger dennoch an der Rechtmäßigkeit der Leistung im objektiven Sinn Zweifel hätte haben müssen.

Eine klare der Auslegung nicht bedürftige Norm ist dann anzunehmen, wenn sich der Sinn einer gesetzlichen Regelung allein aus deren Wortlaut ohne größeren Auslegungsaufwand bestimmen lässt.

Wie bereits dargestellt, besteht der Wortsinn des § 25 Abs. 1 GehG darin, dass im Falle der Ausübung einer Nebentätigkeit eine angemessene Nebentätigkeitsvergütung gebührt.

Das damit zum Ausdruck kommende Äquivalenzprinzip (nämlich die Abhängigkeit der Höhe des Anspruches von Art und Umfang der Tätigkeit) ist ohne weiteren Auslegungsaufwand zu gewinnen.

Konsequenterweise ergibt sich daher, dass wenn eine Nebentätigkeitsvergütung für eine bestimmte festumschriebene Tätigkeit zugemessen worden ist, diese bei lediglich eingeschränkter Wahrnehmung der ursprünglichen Aufgaben nicht länger im vollen Umfang angesprochen werden kann.

Im Sinne der dargelegten höchstgerichtlichen Judikatur unterlag daher die Universität Wien als auszahlende Stelle, aufgrund Ihrer Meldung vom Mai 2004 über die Fortführung der Tätigkeit als Vertreter Österreichs bei der WMO dem Irrtum, dass damit auch die Fortführung der (bis zum 29. Februar 2004) innegehabten Verwendung als Direktor der ZAMG verbunden sei.

Sie selbst hingegen waren sich dieses Umstandes voll bewusst und aufgrund Ihres Antrages auf Abberufung von der Funktion als Direktor der ZAMG sowie der daraufhin erfolgenden, Ihnen zur Kenntnis gebrachten Enthebung durch das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur bekannt, dass Sie Ihre bisher innegehabte Tätigkeit nicht länger im ursprünglichen Ausmaß fortführen.

Insoweit kann der Dienstbehörde erster Instanz daher auch nicht verwehrt werden, wenn sie von Ihrer fehlenden Gutgläubigkeit im Zeitpunkt der Inempfangnahme der wieder aufgenommenen Anweisung der vollen Nebentätigkeitsvergütung ausgeht.

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG hat die Berufungsbehörde grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden. Sie kann Ihre Anschauung an die Stelle jener der Unterbehörde setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abändern. Allerdings ist sie dabei an die vorgelegte 'Verwaltungssache' gebunden. Verwaltungssache vor der Berufungsbehörde kann nicht eine Frage sein, die nicht bereits Gegenstand des vorangegangenen Verfahrens war. Die 'Sache' des Berufungsverfahrens ist jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches der Unterinstanz gebildet hat.

Das Amt der Universität Wien hat im Spruch des bekämpften Bescheides ausschließlich über die Verpflichtung zum Ersatz eines Übergenusses, der durch die irrtümlich wiederaufgenommene Anweisung der Nebentätigkeitsvergütung für die Tätigkeit als Direktor der ZAMG entstanden ist, entschieden.

Weder wurde die Neubemessung der bisherigen Nebentätigkeitsvergütung noch die Bemessung einer neuen Nebentätigkeitsvergütung ausschließlich für die Tätigkeit als Vertreter der Republik Österreich bei der WMO für den Zeitraum 1. April 2004 bis 31. Oktober 2004 spruchgemäß vorgenommen (abgesehen davon, dass eine derartige Neubemessung durch die Dienstbehörde erster Instanz der Vorlage an das Bundeskanzleramt, im Wege des Bundesministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur bedarf). Die Berufungsbehörde war daher nicht verbunden in ihrem Verfahren in obgenanntem Sinn vorzugehen.

Aufgrund des Umstandes, dass sich der Gegenstand Ihrer Berufung auf die Erörterung der Auslegung der Anspruchsvoraussetzungen einer Nebentätigkeitsvergütung beschränkt und der wesentliche Sachverhalt bereits durch die Dienstbehörde I. Instanz unbestritten festgestellt werden konnte und dadurch weitere Erhebungen im Verfahren der Berufungsbehörde nicht erforderlich waren, konnte die Einräumung der Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß § 8 DVG iVm § 45 Abs.3 AVG unterbleiben."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 37 Abs. 1 BDG 1979, BGBl. Nr. 333, der die Definition für die Nebentätigkeit enthält, können dem Beamten ohne unmittelbarem Zusammenhang mit den dienstlichen Aufgaben, die ihm nach diesem Bundesgesetz obliegen, noch weitere Tätigkeiten für den Bund in einem anderen Wirkungsbereich übertragen werden.

§ 25 Abs. 1 Gehaltsgesetz 1956 (GehG), BGBl. Nr. 54 in der Fassung BGBl. I Nr. 130/2003, lautet:

"§ 25. (1) Soweit die Nebentätigkeit eines Beamten nicht nach anderen bundesgesetzlichen Vorschriften oder den Bestimmungen eines privatrechtlichen Vertrages zu entlohnen ist, gebührt dem Beamten eine angemessene Nebentätigkeitsvergütung. Ihre Bemessung bedarf der Zustimmung des Bundeskanzlers."

§ 13a Abs. 1 bis 3 Gehaltsgesetz 1956, BGBl. Nr. 54 (GehG),

eingefügt durch BGBl. Nr. 109/1966, lauten:

"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 nach diesem Bundesgesetz 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 VVG, BGBl. Nr. 53/1991, hereinzubringen.

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

..."

Unter dem Beschwerdegrund der Rechtswidrigkeit des Inhaltes macht die Beschwerde geltend, der zentrale Rechtsirrtum der belangten Behörde bestehe darin, dass ihr offensichtlich nicht bewusst gewesen sei, dass in einem Verfahren zur Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz gemäß § 13a Abs. 3 GehG primär stets zu prüfen ist, ob die zur Auszahlung gebrachten Leistungen tatsächlich gebührten oder nicht. Erst wenn dies verneint werde, sei die weitere Frage zu prüfen, ob die - somit zu Unrecht - tatsächlich erhaltenen Leistungen im guten Glauben empfangen worden seien. Im Beschwerdefall komme noch dazu, dass der Beschwerdeführer mit seinem Antrag vom 20. März 2006 ausdrücklich die bescheidmäßige Absprache betreffend Nebentätigkeitsvergütung begehrt habe und der erstinstanzliche Bescheid - in sich konsequent - primär damit begründet worden sei, dass ihm die Nebentätigkeitsvergütung überhaupt nicht zugestanden sei.

Es bestehe daher keinerlei Zweifel daran, dass entgegen der Ansicht der belangten Behörde in Übereinstimmung mit seinem Antrag durch den erstinstanzlichen Bescheid auch die Frage der Gebührlichkeit der Nebentätigkeitsvergütung zum Verfahrensgegenstand gemacht worden sei und daher auch Gegenstand des Berufungsverfahrens gewesen sei.

Damit erweise sich der angefochtene Bescheid als inhaltlich rechtswidrig, weil die belangte Behörde zufolge ihrer unrichtigen Annahme eines die Gebührlichkeit der Nebentätigkeitsvergütung nicht einschließenden Verfahrensgegenstandes darüber nicht entschieden habe.

Der angefochtene Bescheid wäre aber auch dann inhaltlich rechtswidrig, wenn die Ansicht der belangten Behörde punkto Verfahrensgegenstand zuträfe. In diesem Fall nämlich hätte sie den erstinstanzlichen Bescheid deshalb aufheben müssen, weil er gesetzwidrig ohne die primär erforderliche Prüfung und Klärung der Gebührlichkeit der Nebentätigkeitsvergütung (als ausbezahlte und nach § 13a GehG rückgeforderte Leistung) ergangen wäre. Hiebei könne aus seiner Sicht dahingestellt bleiben, ob in Verbindung mit einer solchen Entscheidung eine Zurückverweisung an die erstinstanzliche Behörde vorzunehmen oder unter Verfahrenssanierung eine meritorische Entscheidung durch die belangte Behörde zu treffen gewesen wäre.

Nur der Vollständigkeit halber sei noch dazugefügt, dass es jedenfalls nicht zulässig sein könne, eine Übergenuss-Rückforderung an Nebentätigkeitsvergütung vorzunehmen, nur weil an die Stelle einer Nebentätigkeit eine andere getreten sei. Das würde seines Erachtens sogar dann gelten, wenn die eine Nebentätigkeit mit der anderen überhaupt nichts zu tun hätte, erst recht müsse es aber in einem Fall der

gegenständlichen Art gelten, in welchem eine Fortsetzung eines Teils der bisher schon ausgeübten Nebentätigkeit vorliege. Das könne höchstens zu einer Einschränkung der Höhe nach führen und inwieweit das der Fall sei, müsse entsprechend den obigen Ausführungen vorweg geklärt werden. Erst wenn sich hiebei eine in Relation zu den ausgezahlten Beträgen geringerer Anspruch ergäbe, könne überhaupt von einem Übergenuss gesprochen werden und der Aspekt des (objektiv) gutgläubigen oder nicht gutgläubigen Empfanges in das Blickfeld rücken.

Die Beschwerde ist berechtigt.

Im Beschwerdefall wurde dem Beschwerdeführer die für seine Nebentätigkeit als Direktor der ZAMG bemessene Nebentätigkeitsvergütung auf Grund seiner Entbindung von dieser Nebentätigkeit mit Ende März 2004 eingestellt.

Nachdem der Beschwerdeführer mitgeteilt hatte, dass er die Vertretung Österreichs bei internationalen meteorologischen Organisationen über Ersuchen des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten noch weiter ausübe, wurde "die bereits eingestellte Nebentätigkeitsvergütung wieder flüssig gemacht" (vgl. die Feststellungen im erstinstanzlichen Bescheid, die durch den Berufungsbescheid übernommen wurden).

Die Aufgaben des Direktors der ZAMG waren: die Führung der laufenden Geschäfte der ZAMG, die Vertretung der Zentralanstalt nach außen sowie die Vertretung Österreichs bei internationalen meteorologischen und geophysikalischen Organisationen (erstinstanzlicher Bescheid Seite 5 unten). Es ergibt sich daher, dass die vom Beschwerdeführer auch nach seiner Entbindung als Direktor der ZAMG ausgeübten Tätigkeiten einen Teil seiner Aufgaben als Direktor der ZAMG ausmachten, wovon auch die Verwaltungsbehörden erster und zweiter Instanz jeweils ausgingen. Auf Grund dieses Umstandes und gerade auch im Hinblick auf die Auszahlung der Nebentätigkeitsvergütung als Reaktion auf das Email des Beschwerdeführers vom 6. Mai 2004 ist davon auszugehen, dass die geleisteten Zahlungen auf die Abgeltung der vom Beschwerdeführer nach Maßgabe dieses Emails fortgesetzten Tätigkeiten gewidmet waren. Das Argument der Behörde, bei der (neuen) Tätigkeit des Beschwerdeführers habe es sich allenfalls um eine andere Nebentätigkeit gehandelt, auf die die Behörde nicht gezahlt habe, verfährt daher nicht.

Eine Nebentätigkeit im Sinne des § 37 Abs. 1 BDG 1979 setzt voraus, dass diese Nebentätigkeit dem Beamten übertragen wurde. Dass die Anordnung einer Nebentätigkeit durch die Dienstbehörde zu erfolgen hat, hat der Verwaltungsgerichtshof schon in den Erkenntnissen vom 27. Juni 2006, Zl. 2005/05/0024 und vom 23. September 1991, Zl. 91/12/0009 = VwSlg. 13.488A/1991) ausgesprochen. Hievon abweichende Gesetzesbestimmungen, wonach für eine derartige Anordnung alleine die belangte Behörde zuständig wäre, sind nicht erkennbar. Der Beschwerdeführer hat nicht behauptet, von der Dienstbehörde ausdrücklich mit den nach Entbindung von seiner Nebentätigkeit als Direktor der ZAMG ausgeübten Aufgaben betraut worden zu sein. Er hat allerdings wiederholt vorgebracht, die Dienstbehörde sei in Kenntnis von seiner Tätigkeit gewesen (vgl. z.B. die Berufung).

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits zu Leiterzulagen gemäß § 59 Abs. 1 GehG ausgesprochen, dass ebenso wenig wie es für die Rechtswirksamkeit eines durch Dienstanweisung erfolgten Betrauungsaktes auf dessen Rechtmäßigkeit ankommt, der Eintritt der daran geknüpften dienst- und besoldungsrechtlichen Folgen von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängt (vgl. z.B. die hg. Erkenntnisse vom 2. Juli 2009, Zl. 2008/12/0161 und vom 19. März 2003, Zl. 2002/12/0335). Allgemein gilt, dass der für die Betrauung zuständige Vorgesetzte den Willen, einen entsprechenden Dienstauftrag zu erteilen, nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen zum Ausdruck bringen kann, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen (vgl. die zuletzt zitierten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes). Sollte ein Organwalter der zuständigen Dienstbehörde (Amt der Universität), der für die Übertragung von Nebentätigkeiten zuständig war, sowohl von der Tätigkeit des Beschwerdeführers als auch von der tatsächlichen Auszahlung der Nebentätigkeitsvergütung Kenntnis gehabt und diese geduldet haben, so läge eine wirksame Übertragung der Nebentätigkeit durch die zuständige Dienstbehörde vor. Auf Grund unrichtiger Rechtsansicht hat es die belangte Behörde unterlassen, hiezu Feststellungen zu treffen und damit den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

Da die weiteren Voraussetzungen für die Gebührlichkeit einer Nebentätigkeitsvergütung gemäß § 25 Abs. 1 GehG im Beschwerdefall vorliegen, stünde diesfalls dem Beschwerdeführer für die von ihm ausgeübte Nebentätigkeit eine Vergütung gemäß § 25 Abs. 1 GehG zu.

Eine Neubemessung der Nebentätigkeitsvergütung im Falle einer erfolgten Anordnung durch die zuständige Dienstbehörde war schon deshalb notwendig, weil der Beschwerdeführer von seiner Nebentätigkeit als Direktor der ZAMG rechtswirksam entbunden wurde, sodass die dafür bemessene Nebentätigkeitsvergütung nicht heranzuziehen war. Das Amt der Universität als Dienstbehörde erster Instanz hat mit der Feststellung im Bescheid vom 11. April 2006, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Oktober 2004 EUR 12.833,10 die Nebentätigkeitsvergütung zu Unrecht erhalten habe, implizite deren Neubemessung mit Null vorgenommen. Aus dem genannten Bescheid ergibt sich, dass die ursprüngliche Nebentätigkeitsvergütung ausgehend von einer zeitlichen Inanspruchnahme von 20 Wochenstunden bemessen wurde.

Das Gesetz verlangt bei der Bemessung der Nebentätigkeitsvergütung ausdrücklich die Bedachtnahme auf den Umfang der Nebentätigkeit, worunter der mit ihrer Ausübung verbundene Zeitaufwand zu verstehen ist und die Bedachtnahme auf die Bedeutung desselben (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 11. April 1988, Zl. 86/12/0236). Sollte daher der Beschwerdeführer stillschweigend mit der Nebentätigkeit im strittigen Zeitraum betraut worden sein und weiterhin 20 Wochenstunden dafür aufgewendet haben und sollten die von ihm weiterhin ausgeübten Aufgaben in ihrer Bedeutung den nicht ausgeübten nicht nachstehen, könnte sich allenfalls ergeben, dass die Nebengebühr in selber Höhe zu bemessen ist wie für die Funktion als Direktor der ZAMG.

Der angefochtene Bescheid war im Sinne obiger Ausführungen gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 16. September 2010