

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

30.06.2010

Geschäftszahl

2009/12/0149

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 W E in S, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des Bundesministers für Landesverteidigung und Sport vom 8. Juli 2009, Zl. P408669/55- PersC/2009, betreffend Verwendungszulage nach § 92 Abs. 1 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 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Beamter der Besoldungsgruppe Militärischer Dienst in der Verwendungsgruppe M BO 2, Funktionsgruppe 3, mit dem militärischen Dienstgrad eines Oberst in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund.

Mit Wirksamkeit vom 1. August 2003 wurde er auf Dauer mit dem Arbeitsplatz "Leiter Luftraumüberwachungszentrale" beim Betriebsstab/ Luftraumüberwachung, Wertigkeit M BO 1, Funktionsgruppe 2, betraut und stand seit damals im Genuss einer Verwendungszulage nach § 92 Abs. 1 GehG in der Höhe des halben Unterschiedsbetrages zwischen seinem Gehalt (der Verwendungsgruppe M BO 2) und dem Gehalt derselben Gehaltsstufe der höherwertigen Verwendungsgruppe (M BO 1). Weiters erhielt er seit damals eine Funktionszulage nach § 91 Abs. 5 GehG in der Höhe der für diese Funktion in der höheren Verwendungsgruppe vorgesehenen Funktionszulage.

Den vorgelegten Verwaltungsakten zufolge wurde er mit "Entsendeweisung" der belangten Behörde für die Zeit vom 10. Juli bis 4. September 2008 auf der Grundlage des § 1 Z. 2 KSE-BVG als Entsendekommandant nach L, Bundesrepublik Deutschland, entsandt; unbestritten ist, dass die Tätigkeit als Entsendekommandant der Verwendungsgruppe M BO 2 zuzuordnen ist.

In weiterer Folge wurden ihm von den Dezemberbezügen die in den Monaten August und September angewiesenen Beträge in der Höhe der Verwendungszulage nach § 92 Abs. 1 GehG abgezogen und einbehalten. Hierauf beantragte er in seiner Eingabe vom 7. Dezember 2008, betreffend "Rückzahlung von Einbehalten im Rahmen der Monatsabrechnung Dezember 2008",

- 1. die vollständige Rückzahlung der ... im Rahmen der Monatsabrechnung Dezember 2008 rückwirkend einbehaltenen Verwendungszulagen und Funktionszulagen,
2. die vollständige Rückzahlung der sich daraus ergebenden Einbehalte im Rahmen der Sonderzahlung für das 3. Quartal,
3. die vollständige Rückzahlung der Einbehalte bzw. verminderten Auszahlungen von Mehrdienstleistungen und Brandschutzbereitschaftsgebühren im Zusammenhang mit der Quartalsabrechnung und
4. die rückwirkende Zuerkennung der ... mit Bescheid ... vom 09 07 2008 einbehaltenen pauschalierten Mehrleistungsvergütung ..."

Für den Fall der Nichtrückzahlung beantragte er eine Absprache mittels Bescheid.

Mit Bescheid vom 13. März 2009 stellte das Streitkräfteführungskommando als Dienstbehörde erster Instanz fest, dass dem Beschwerdeführer für den Zeitraum vom 1. August bis 30. September 2008 keine Verwendungszulage gebühre (Spruchpunkt 1.) und wies das Begehren um rückwirkende Zuerkennung der pauschalierten Mehrleistungsvergütung für den Zeitraum vom 1. August bis 30. September 2008 gemäß § 68 Abs. 1 AVG wegen entschiedener Sache zurück (Spruchpunkt 2.).

Begründend erwog die Dienstbehörde erster Instanz nach Darlegung des Verwaltungsgeschehens (Schreibung und Hervorhebungen im Original):

"Zu Antrag Punkt 1 (Verwendungszulage):

Im Zeitraum vom 10. Juli 2008 bis 4. September 2008 während Sie in einem Entsende-Organisationsplan auf einem M BO 2-wertigen Arbeitsplatz eingeteilt. Ihre Vorgänger und Nachfolger auf dieser Funktion waren ausnahmslos Offiziere der Verwendungsgruppe M BO 2. Die Besoldung für die Entsendung gemäß AZHG erfolgte gemäß der Einstufung dieses Arbeitsplatzes 'Entsendekommandant' mit den Werteinheiten für die Verwendungsgruppe M BO 2. Es bestehen für die Dienstbehörde keine Zweifel, dass die in diesem Zeitraum nicht mehr auf Ihrem dauernd zugewiesenen Arbeitsplatz sondern im Rahmen einer Dienstzuteilung zum Streitkräfteführungskommando (als Auslandseinsätze führendes Kommando) im Rahmen einer Auslandsentsendung ausschließlich verwendet wurden. Gemäß § 92 Abs. 1 gebührt Ihnen eine Verwendungszulage nur, wenn Sie dauernd auf einem einer höherwertigen Verwendungsgruppe zugeordneten Arbeitsplatz verwendet werden, ohne in diese ernannt zu sein. Der Gesetzgeber wählte in diesem Zusammenhang eindeutig nicht den Begriff 'eingeteilt' (wie sehr oft im Gehaltsgesetz), sondern den Begriff 'verwendet'. Dieser Begriff ist nach Ansicht der Dienstbehörde enger als der Begriff 'eingeteilt' zu sehen: Eine bloße Einteilung auf einem Arbeitsplatz bedingt noch keine tatsächliche Verwendung in der jeweiligen Funktion; eine Verwendung bedeutet neben der Einteilung auch eine tatsächliche Verwendung. Diese fehlte jedoch im Zeitraum der Entsendung, die dienstrechtlich im Rahmen einer Dienstzuteilung zum vorgesetzten Kommando erfolgte. Zusätzlich sei hier angemerkt, dass es keinen inhaltlichen Zusammenhang zwischen Ihrem Arbeitsplatz 'Leiter Luftraumüberwachungszentrale' und dem 'Entsendekommandanten' gibt. Da keine Verwendung auf dem höherwertigen Arbeitsplatz erfolgte, gebührt (keine Ermessensentscheidung der Dienstbehörde) die Verwendungszulage für den o.a. Zeitraum nicht. Da Änderungen im Bezug jeweils mit dem nächsten Monatsersten wirksam werden, war die bisher angewiesene Verwendungszulage im Zeitraum vom 1. August 2008 bis 30. September 2008 einzustellen bzw. (rückwirkend) einzubeziehen.

Zu Antrag Punkt 1 (Funktionszulage):

..."

Lediglich gegen Spruchpunkt 1. dieses Bescheides erhob der Beschwerdeführer Berufung, in der er zusammengefasst vorbrachte, es sei offensichtlich, dass seine Einteilung als Delegationsleiter im konkreten Fall in unmittelbarem Bezug zu seiner Funktion als Leiter Luftraumüberwachungszentrale stehe. Er habe als Entsendekommandant die Möglichkeit, beim einzigen Eurofighter-Ausbildungsverband in Deutschland Erfahrungen mit dem komplexen Luftfahrzeug aus erster Hand zu bekommen und diese Erkenntnisse im Rahmen der Einführung im Inland zur Erhebung der Flugsicherheit umsetzen zu können. Weiters sei er im Rahmen der Einführung des Eurofighters in der Teilprojektgruppe Ausbildung tätig und dies sei ebenfalls eine anspruchsbegründende Tätigkeit. Es sei für ihn als verantwortlichen Dienststellenleiter im Inland und selbstverständlich auch für den Dienstgeber von dienstlichem Interesse, die Aufbau- und Ablauforganisation beim Jagdgeschwader 73 für den Betrieb von "Link 16" zu studieren, um die erforderlichen Maßnahmen für den Betrieb im Inland rechtzeitig einleiten zu können bzw. um bereits getroffene Maßnahmen zu adaptieren. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Dienstbehörde dazu komme, dass es zwischen dem Arbeitsplatz "Leiter Luftraumüberwachungszentrale" und dem "Entsendekommandanten" keinen inhaltlichen Zusammenhang gebe.

Mit Erledigung vom 4. Juni 2009 setzte die belangte Behörde den Beschwerdeführer vom Ergebnis ihrer Beweisaufnahme in Kenntnis. Bei der Entsendung - so das Wesentliche dieses Vorhaltes - habe es sich um den Pilotenumschulungskurs 2 für Eurofighter-Piloten gehandelt. Dieser Kurs umfasse ausschließlich die fliegerische Grundausbildung des Eurofighter-Piloten und keine Luftraumüberwachung per se. Der Grund für die Entsendung des Beschwerdeführers sei einerseits in seiner Freiwilligkeit und andererseits im dienstlichen Naheverhältnis der Luftraumüberwachungszentrale mit dem System Eurofighter gelegen, die das Luftfahrzeug in weiterer Folge taktisch einsetzen werde. Dieses Naheverhältnis sei jedoch mit der unmittelbaren Entscheidung zur Entsendung in keinem Zusammenhang zu sehen, zumal andere Entsendekommandanten (ausschließlich der Verwendungsgruppe M BO 2 zugeordnet) weder über eine Flugsicherungsausbildung verfügten noch in der Luftraumüberwachungszentrale Dienst versähen. Während des Kurses seien die Eurofighter-Piloten von der deutschen Luftwaffe ausgebildet worden; der Entsendekommandant habe lediglich eine repräsentative und administrative Rolle gehabt. Die unmittelbare Ausbildung des Personals der Luftraumüberwachungszentrale habe zu einem anderen Zeitpunkt stattgefunden, jedenfalls aber nicht im Rahmen des Kurses.

Hiezu nahm der Beschwerdeführer dahingehend Stellung, ihm sei die Wertigkeit des Arbeitsplatzes vor seiner Entsendung zu keiner Zeit mitgeteilt worden und sei ihm auch nicht zur Einsicht freigestanden. Die Dienstbehörde erster Instanz sei aus Personalgründen (Engpass wegen Urlaubsphase) an den Beschwerdeführer herangetreten. Dieser habe zu seiner Entsendung nur zugestimmt, weil ihm im Rahmen einer Vorbesprechung versichert worden sei, dass er mit keiner Einstellung seiner Zulagen zu rechnen habe. Er habe grundsätzlich

Interesse an der Entsendung und Ausbildung gehabt. Bis zu seiner Rückkehr sei kein Personal der Luftraumüberwachungszentrale in den Flugbetrieb mit Eurofightern eingewiesen und geschult worden. Weiters sei es auch für die Einführung des Datenlinks von dienstlichem Interesse gewesen, den Umfang der Pilotenausbildung vor Ort zu erheben. Dadurch könne die Entsendung des Beschwerdeführers im gegenständlichen Fall nicht mit den Tätigkeiten eines anderen Entsendekommandanten verglichen werden.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung ab und bestätigte den Erstbescheid. Begründend führte sie nach Darstellung des Ganges des Verwaltungsverfahrens aus, der Entscheidung der Dienstbehörde erster Instanz sei folgender Sachverhalt zu Grunde gelegen (Schreibung im Original):

"Sie stehen als Berufsmilitärperson der Verwendungsgruppe M BO 2 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis und sind auf eine Planstelle der Verwendungsgruppe M BO 2, Funktionsgruppe 3, ernannt. Mit 01. August 2003 wurden Sie auf dem Arbeitsplatz 'Leiter Luftraumüberwachungszentrale' beim Betriebsstab/Luftraumüberwachung, Wertigkeit M BO 1, Funktionsgruppe 2, dauernd eingeteilt.

Seit 01. August 2003 wird Ihnen monatlich eine Verwendungszulage gemäß § 92 Abs. 1 des Gehaltsgesetzes 1956 in der Höhe des halben Unterschiedsbetrag zwischen Ihrem Gehalt und dem Gehalt einer Militärperson derselben Gehaltsstufe der höherwertigen Verwendungsgruppe (das waren 2008: EUR 523,40) ausbezahlt. Weiters erhielten Sie seit 01. August 2003 eine monatliche Funktionszulage gemäß § 91 Abs. 5 leg. cit. in der Höhe der für diese Funktion in der höheren Verwendungsgruppe vorgesehenen Funktionszulage (das waren 2008: EUR 863,80).

Sie waren vom 10. Juli bis 04. September 2008 gemäß § 1 Ziffer 2 des Bundesverfassungsgesetzes über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland - KSE-BVG (Übungen und Ausbildungsmaßnahmen im Rahmen der militärischen Landesverteidigung) nach L/DEUTSCHLAND als Entsendekommandant entsandt und erhielten hierfür eine Zulage nach dem Auslandszulagen- und -hilfeleistungsgesetz - AZHG. Gemäß Auslandsorganisationsplan war Ihr Arbeitsplatz 'Entsendekommandant' mit der Wertigkeit M BO 2 bewertet, was sich in der Höhe des Sockelbetrages niederschlug, wo Sie in die Zulagengruppe 4 eingeordnet wurden und dieser somit 26 Werteinheiten betrug. Der Arbeitsplatz 'Entsendekommandant' steht in keinem Zusammenhang mit Ihrer Tätigkeit als 'Leiter Luftraumüberwachungszentrale'; als Entsendekommandant waren Sie den Teilen des Österreichischen Bundesheeres im Zuge der Ausbildung der Eurofighter-Piloten in L/DEUTSCHLAND vorgesetzt. Ihre Vorgänger und Nachfolger in dieser Funktion waren gleichfalls Offiziere der Verwendungsgruppe M BO 2.

Mit Bescheid des Streitkräfteführungskommandos vom 09. Juli 2008 ... wurden mit Wirksamkeit vom 01. August 2008 Ihre Nebengebühren für den militärischen Flugsicherungsdienst (Aufwandsentschädigung und Mehrleistungsvergütung) sowie für Dienstleistungen in einem Bunkersystem (Erschwerniszulage) mit Null bemessen. Mit Wirksamkeit vom 01. Oktober 2008 wurden Ihnen diese Nebengebühren wieder bescheidmäßig zuerkannt.

Beide Bescheide sind mangels Erhebung eines Rechtsmittels in Rechtskraft erwachsen.

Nach tatsächlicher Wiederaufnahme der Tätigkeiten auf Ihren Arbeitsplatz 'Leiter Luftraumüberwachungszentrale' wurde durch die Dienstbehörde veranlasst (und Ihrem Standeskörper mitgeteilt), dass Ihre Verwendungszulage im Zeitraum 01. August bis 30. September 2008 eingestellt wurde.

Mit Auszahlung des Dezember-Bezuges wurde - wie aus Ihren Monatsabrechnungen belegt - der Übergenuß aus der Einstellung der Verwendungszulage samt Berichtigungen der bisher ausgezahlten Sonderzahlung für das 3. Quartal sowie jenen Bezugsbestandteilen, die als Bemessungsgrundlage Ihren Monatsbezug (also Grundgehalt einschließlich aller Zulagen) haben, hereingebracht.

Mit Schreiben vom 07. Dezember 2008 beantragten Sie ...

..."

Das von der belangten Behörde ergänzend durchgeführte Ermittlungsverfahren habe folgendes Ergebnis gebracht:

"Bei der gegenständlichen Entsendung handelte es sich um den

Pilotenumschulungskurs 2 für Eurofighter-Piloten. Dieser Kurs umfasst ausschließlich die fliegerische Grundausbildung des Eurofighter-Piloten und keine Luftraumüberwachung per se. Der Grund für Ihre Entsendung lag einerseits in Ihrer Freiwilligkeit und andererseits im dienstlichen Naheverhältnis der Luftraumüberwachungszentrale mit dem System Eurofighter, die das Luftfahrzeug in weiterer Folge taktisch einsetzen wird. Dieses Naheverhältnis ist jedoch mit der unmittelbaren Entscheidung zur Entsendung in keinem Zusammenhang zu sehen, zumal andere Entsendekommandanten (ausschließlich der Verwendungsgruppe M BO 2 zugeordnet) weder über eine Flugsicherungsausbildung verfügen noch in der Luftraumüberwachungszentrale Dienst versehen. Während des Kurses wurden die Eurofighter-Piloten von der deutschen Luftwaffe ausgebildet; der Entsendekommandant hatte lediglich eine repräsentative und administrative Rolle. Die unmittelbare Ausbildung des Personals der Luftraumüberwachungszentrale fand zu einem anderen Zeitpunkt - jedenfalls aber nicht im Rahmen des Kurses - statt.

..."

Die belangte Behörde habe nach Prüfung und Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes Folgendes erwogen (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Wie Sie selbst in Ihrer Berufung ausführen, fechten Sie lediglich den ersten Spruchpunkt des Bescheides des Streitkräfteführungskommandos, der die Verwendungszulage zum Inhalt hat, an.

Die diesbezügliche Entscheidung des Streitkräfteführungskommandos, dass Ihnen für die Dauer Ihrer Entsendung nach L/DEUTSCHLAND für den Zeitraum 01. August bis 30. September 2008 keine Verwendungszulage gemäß § 92 Abs. 1 des Gehaltsgesetzes 1956 gebührt, erfolgte mit dem angefochtenen Bescheid zu Recht. Dies deshalb, weil Sie während des Entsendungszeitraumes nicht mehr auf Ihrem dauernd zugewiesenen Arbeitsplatz als 'Leiter der Luftraumüberwachungszentrale' mit der Wertigkeit M BO 1, sondern im Rahmen einer Dienstzuteilung zum Streitkräfteführungskommando (als Auslandseinsätze führendes Kommando) im Rahmen einer Auslandsentsendung ausschließlich auf einem M BO 2-wertigen Arbeitsplatz verwendet wurden. Gemäß § 92 Abs. 1 leg. cit. gebührt eine Verwendungszulage jedoch nur dann, wenn man dauernd auf einem einer höherwertigen Verwendungsgruppe zugeordneten Arbeitsplatz verwendet wird, ohne in diese ernannt zu sein. Der Gesetzgeber wählte in diesem Zusammenhang eindeutig nicht den Begriff 'eingeteilt', sondern den Begriff 'verwendet'. Dieser Begriff ist somit enger als der Begriff 'eingeteilt' zu sehen: Eine bloße Einteilung auf einem Arbeitsplatz bedingt noch keine tatsächliche Verwendung in der jeweiligen Funktion. Diese fehlte jedoch im Zeitraum der Entsendung, die dienstrechtlich im Rahmen einer Dienstzuteilung zum vorgesetzten Kommando erfolgte.

Zusätzlich besteht kein inhaltlicher Zusammenhang zwischen Ihrem Arbeitsplatz 'Leiter Luftraumüberwachungszentrale' und dem 'Entsendekommandanten'. Als Entsendekommandant waren Sie nämlich den Teilen des Österreichischen Bundesheeres im Zuge der Ausbildung der Eurofighter-Piloten (Pilotenumschulungskurs 2) in L/DEUTSCHLAND vorgesetzt. Dieser Kurs umfasst ausschließlich die fliegerische Grundausbildung des Eurofighter-Piloten und keine Luftraumüberwachung per se.

Der Grund für Ihre Entsendung lag einerseits in Ihrer Freiwilligkeit und andererseits im dienstlichen Naheverhältnis der Luftraumüberwachungszentrale mit dem System Eurofighter, die das Luftfahrzeug in weiterer Folge taktisch einsetzen wird. Dieses Naheverhältnis ist jedoch mit der unmittelbaren Entscheidung zur Entsendung in keinem Zusammenhang zu sehen, zumal andere Entsendekommandanten (ausschließlich der Verwendungsgruppe M BO 2 zugeordnet) weder über eine Flugsicherungsausbildung verfügen noch in der Luftraumüberwachungszentrale Dienst versehen. Während des Kurses wurden die Eurofighter-Piloten von der deutschen Luftwaffe ausgebildet; der Entsendekommandant hatte lediglich eine repräsentative und administrative Rolle. Die unmittelbare Ausbildung des Personals der Luftraumüberwachungszentrale fand zu einem anderen Zeitpunkt - jedenfalls aber nicht im Rahmen des Kurses - statt.

Zu Ihrem Einwand, es wäre von dienstlichem Interesse, den Umfang der Pilotenausbildung am Link-16 vor Ort zu erheben, weshalb man Ihre Entsendung nicht mit den Tätigkeiten eines übrigen Entsendekommandanten vergleichen könne, ist entgegen zu halten, dass das dienstliche Interesse am Link-16 sicherlich nicht der Grund Ihrer Entsendung war. Das Entsendekontingent, dessen Kommandant Sie gewesen sind, war auf Ausbildungsentsendung zur Eurofighterpiloten-Ausbildung in L. Der Entsendekommandant hat hierfür eindeutig definierte Aufgaben. Dass als Nebenprodukt Wissen über den Link-16 durch Sie gewonnen wurden, wird nicht bestritten. Diesbezüglich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass die Link-16 - Implementierung jedoch vordergründig nicht durch die Luftraumüberwachungszentrale bearbeitet wird.

...

Ihrem Vorbringen, man habe Ihnen die Wertigkeit Ihres Arbeitsplatzes vor Ihrer Entsendung zu keiner Zeit mitgeteilt, ist entgegen zu halten, dass dies auf Grund dessen, dass der Entsende-Arbeitsplatz mit M BO 2 bewertet ist und Sie ohnedies in der Verwendungsgruppe M BO 2 eingestuft sind, nicht erforderlich war.

Hinsichtlich Ihres Einwandes, Sie hätten der Entsendung nur zugestimmt, weil Ihnen durch Oberstleutnant R. im Rahmen der Vorbesprechung versichert worden sei, dass Sie mit keiner Einstellung Ihrer Zulagen rechnen müssten, muss seitens der Berufsbehörde Folgendes entgegengehalten werden: Abgesehen davon, dass der Genannte als Angehöriger der Abteilung Ausbildung B im Bundesministerium für Landesverteidigung und Sport in der gegenständlichen Angelegenheit unzuständig ist - haben etwaige behördliche Belehrungen keine Rückwirkung auf die maßgebliche Rechtslage. Die Rechtslage allein und nicht eine allenfalls erteilte unrichtige Auskunft ist die Grundlage für den von einer Behörde zu erlassenden Bescheid, oder - anders ausgedrückt - es gibt kein subjektiv-öffentliches Recht auf eine auskunftsgemäße Entscheidung (siehe dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 09. November 1990, Zl. 90/11/0021).

Eine Erörterung Ihres sonstigen Berufungsvorbringens konnte im Hinblick auf die oben ausgeführten Erwägungen unterbleiben, weil sie zu keiner anderen Entscheidung als zur Abweisung Ihrer Berufung hätte führen können."

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

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem "Recht auf Verwendungszulage nach § 92 Abs. 1 GehG, in eventu in (seinem) Recht darauf, nicht entgegen § 13a GehG zur Rückerstattung eines Übergenusses verpflichtet zu werden, ... verletzt".

Die vorliegende Beschwerde stellt die "von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen", wie sie im eingangs wiedergegebenen, angefochtenen Bescheid bis zu den Erwägungen enthalten sind, außer Streit. Sie sieht die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides in der engen Verknüpfung zwischen dem Arbeitsplatz "Leiter Luftraumüberwachungszentrale" und Entsendekommandant. Die als Entsendekommandant gewonnenen Erfahrungen würden einen wertvollen Beitrag für die volle Einsatzbereitschaft der Eurofighter darstellen. Eines der Auswahlkriterien für die Entsendung sei zweifelsfrei die höherwertige Verwendung des Beschwerdeführers mit Bezug auf die Luftraumüberwachung und damit auf das betreffende Flugwesen gewesen. Das dienstliche Interesse an der Entsendung sowie der enge inhaltliche Zusammenhang der Verwendung als "Leiter Luftraumüberwachungszentrale" mit der Tätigkeit als Entsendekommandant könnten nicht in Frage stehen, weshalb die Gebührlichkeit der Verwendungszulage zu bejahen sei. Angesichts der Vorbesprechung (Zusicherung des Fortbezuges von Zulagen) hätte in der gleichen Situation kein anderer Beamter Zweifel an der Zuständigkeit des betreffenden Beamten für die Entsendung gehabt oder haben müssen. Jedenfalls gelte dies bei Anwendung einer typisierenden Betrachtung, wie sie dem objektiven Maßstab entspreche. Somit wäre dem Beschwerdeführer Gutgläubigkeit beim Empfang der Verwendungszulage zuzubilligen und die Rückerstattungspflicht zu verneinen gewesen.

Die Beschwerde ist aus folgendem Grund im Recht:

Der angefochtene Bescheid hat die nach ihrem maßgeblichen und eindeutigen Spruchpunkt 1. getroffene Entscheidung der Dienstbehörde erster Instanz über die Nichtgebührlichkeit der Verwendungszulage nach § 92 GehG bestätigt. Im Beschwerdefall ist daher die Frage zu beantworten, ob dem Beschwerdeführer für die Zeit seiner Entsendung für die Monate August und September 2008 eine Verwendungszulage nach § 92 Abs. 1 GehG gebührte, für den Fall der Verneinung dieser Frage, ob der Empfang der Verwendungszulage mit den Bezügen für diese Monate im guten Glauben erfolgte oder nicht.

Gemäß § 92 Abs. 1 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 - GehG, in der Fassung des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBl. Nr. 550, gebührt der Militärperson eine ruhegenussfähige Verwendungszulage, wenn sie dauernd auf einem einer höherwertigen Verwendungsgruppe zugeordneten Arbeitsplatz verwendet wird, ohne in diese ernannt zu sein. Diese Verwendungszulage beträgt 50 % des Betrages, um den das Gehalt der Militärperson vom Gehalt derselben Gehaltsstufe der höherwertigen Verwendungsgruppe überschritten wird.

Für die Frage, ob im Verständnis gehaltsrechtlicher Bestimmungen von einer "dauernden" oder von einer "nicht dauernden" (im Sinn von einer "vorübergehenden") Verwendung gesprochen werden kann, vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass für die Unterscheidung maßgeblich ist, ob von vornherein eine zeitliche Begrenzung der Verwendungsdauer bestand oder nicht (vgl. etwa das zur vergleichbaren Rechtslage nach § 106 GehG ergangene hg. Erkenntnis vom 5. September 2008, Zl. 2005/12/0068, mwN).

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer seit 1. August 2003 auf Dauer mit einem höherwertigen Arbeitsplatz der Verwendungsgruppe M BO 1, Funktionsgruppe 2, betraut worden war. Die mit dieser Betrauung einhergehende Gebührlichkeit einer Verwendungszulage nach § 92 Abs. 1 GehG wäre nur dann nicht mehr gegeben, wenn der Beschwerdeführer - wiederum auf Dauer - von diesem Arbeitsplatz abberufen und ihm gleichzeitig auch keine höherwertige Verwendung zugewiesen worden wäre.

Bezogen auf den vorliegenden Beschwerdefall wäre eine Gebührlichkeit der Verwendungszulage für die Monate August und September 2008 daher nur dann nicht (mehr) gegeben, wenn in der von der belangten Behörde angeführten Personalmaßnahme der "Entsendung" des Beschwerdeführers als Entsendekommandant nach Deutschland eine rechtskonforme Abberufung von seinem bisherigen Arbeitsplatz "Leiter Luftraumüberwachungszentrale" auf Dauer lag.

Gemäß § 1 Z. 2 des Bundesverfassungsgesetzes über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland - KSE-BVG, BGBl. I Nr. 38/1997, können Einheiten und einzelne Personen zur Durchführung von Übungen und Ausbildungsmaßnahmen im Bereich der militärischen Landesverteidigung (Art. 79 Abs. 1 B-VG) in das Ausland entsendet werden. Nach § 2 Abs. 4 Satz 1 leg. cit. ist zu Entsendungen nach § 1 Z. 2 der zuständige Bundesminister berufen.

Nach § 1 Abs. 1 Z. 4 des Auslandszulagen- und - hilfeleistungsgesetzes - AZHG, BGBl. I Nr. 66/1999 (Titel in der Fassung BGBl. I Nr. 87/2002), gebührt Bediensteten des Bundes für die Dauer ihrer Entsendung zu Übungen und Ausbildungsmaßnahmen gemäß § 1 Z. 2 KSE-BVG eine Auslandszulage. Nach § 1 Abs. 3 AZHG sind auf Bedienstete, denen eine Auslandszulage auf Grund des Abs. 1 Z. 4 leg. cit. gebührt, § 21 GehG sowie

die RGV nicht anzuwenden. Nach § 1 Abs. 4 AZHG werden durch die Auslandszulage bestehende Ansprüche auf monatlich pauschalisierte näher genannte Nebengebühren nach dem GehG nicht berührt, sofern die jeweils anspruchsbegründende Tätigkeit auch während des Zeitraums weiter ausgeübt wird, für den eine Auslandszulage gebührt.

Im Beschwerdefall kann dahingestellt bleiben, ob die unbestritten auf § 1 Z. 2 KSE-BVG gestützte Entsendung des Beschwerdeführers vom 10.7. bis 4.9.2008 dienstrechtlich als eine Dienstzuteilung nach § 39 Abs. 1 BDG 1979 oder eine Entsendung nach § 39a Abs. 1 BDG 1979, auf die nach § 39a Abs. 2 Satz 1 leg. cit. die Bestimmungen über die Dienstzuteilung anzuwenden sind, gewertet werden kann oder ob die Rechtsgrundlage dafür (ausschließlich) in § 2 Abs. 4 Satz 1 KSE-BVG selbst liegt. In jedem Fall handelte es sich um eine bloß vorübergehende Maßnahme bei einer anderen Dienststelle bzw. einer anderen Organisationseinheit als der Stammdienststelle des Beschwerdeführers. Stützte sich diese Maßnahme (nur) auf § 2 Abs. 4 Satz 1 KSE-BVG ergäbe sich die vorübergehende Verwendung zweifelsfrei aus dem Ausbildungs- bzw. Übungszweck des § 1 Z. 2 KSE-BVG, zu dessen Umsetzung sie erfolgte.

Davon ausgehend kann der gegenständlichen Entsendung des Beschwerdeführers vom 10. Juli bis 4. September 2008 nicht die Bedeutung beigemessen werden, dass der Beschwerdeführer damit auf Dauer von seiner bisherigen Verwendung abgezogen und einer anderen Dienststelle zur dauernden Dienstleistung zugewiesen werden sollte. Daraus folgt aber, dass der Beschwerdeführer in dienstrechtlicher Hinsicht seinen Arbeitsplatz als "Leiter Luftraumüberwachungszentrale" mit der Wertigkeit M BO 1 auch während seiner Entsendung nach Deutschland behielt, womit aber auch für den Zeitraum seiner Entsendung die Gebührllichkeit der Verwendungszulage nach § 92 Abs. 1 GehG fortwährend gegeben war.

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass etwa nach § 96 Abs. 5 GehG - ebenso wie nach § 38 Abs. 5 GehG für die Besoldungsgruppe des Allgemeinen Verwaltungsdienstes und nach § 79 Abs. 5 für die Besoldungsgruppe des Exekutivdienstes - für die Ermittlung der Verwendungsabteilung für die vorübergehende Verwendung auf einem "noch höher eingestuftem" Arbeitsplatz von der Verwendungsgruppe des ständig zu besorgenden "höher eingestuftem" Arbeitsplatzes auszugehen ist, d.h., dass eine *vorübergehende* Verwendung an der dienstrechtlichen Innehabung des auf Dauer zugewiesenen, "höher eingestuftem" Arbeitsplatzes nichts ändert.

Dies deckt sich auch mit der Rechtsprechung zu § 106 Abs. 1 GehG (Verwendungszulagenregelung für den Bereich der Beamten der Post- und Telegraphenverwaltung - nunmehr des Post- und Fernmeldewesens; Paragraphenbezeichnung seit BGBl. Nr. 550/1994; eingeführt als § 82d durch Art. I Z. 61 der 46. GehG-Novelle BGBl. Nr. 237/1987 als Teil des neuen Postschemas), dessen Textierung u.a. auch die §§ 34 und 92 Abs. 1 GehG wörtlich folgen (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Erl. zur RV zum Besoldungsreform-Gesetz 1994, 1577 BlgNR 18. GP zu § 34 GehG (Art. II Z. 13 §§ 28 bis 40b GehG)) und dem offenkundig Vorbildwirkung für die Verwendungszulage nach der späteren Einführung des Funktionszulagenschemas für bestimmte andere Besoldungsgruppen durch das Besoldungsreform-Gesetz 1994 zukommt. Bei dieser Zulage handelt es sich um eine Geldleistung, die rechtlich das Schicksal des Gehalts teilt, den Beamten also auch bei Krankheit und im Falle desurlaubes zusteht und bei der Pensionsbemessung zu berücksichtigen ist. Sie stellt einen Bezugsbestandteil (vgl. § 3 Abs. 2 GehG) dar, welcher erst erlischt, wenn dem Beamten die einmal übertragene Verwendung auch rechtmäßig entzogen wird (vgl. dazu das zu § 106 Abs. 1 GehG ergangene hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 2005, Zl. 2005/12/0049 = VwSlg. 16743 A/2005, mit Verweis auf die hg. Erkenntnisse vom 25. Februar 1998, Zlen. 96/12/0018, 96/12/0279, und vom 25. September 2002, Zl. 2000/12/0178, zu vergleichbaren Verwendungszulagen nach § 121 Abs. 1 Z. 1 GehG bzw. nach dem GehG/Stmk; ebenso die § 106 Abs. 1 GehG betreffenden hg. Erkenntnisse vom 31. März 2006, Zl. 2003/12/0092, sowie vom 20. Dezember 2006, Zl. 2006/12/0183). Vor diesem Hintergrund trifft die Auslegung des Begriffes "verwendet" (im Sinn des § 92 Abs. 1 GehG) durch die belangte Behörde nicht zu.

Da die belangte Behörde der Entsendung zu Unrecht die Bedeutung der Abberufung des Beschwerdeführers von seinem auf Dauer zugewiesenen Arbeitsplatz "Leiter Luftraumüberwachungszentrale" beimaß, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Der Spruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 30. Juni 2010