

# TE Vwgh Erkenntnis 1990/3/19 88/12/0077

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.03.1990

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;  
63/02 Gehaltsgesetz;

## Norm

BDG 1979 §44 Abs1;  
BDG 1979 §44 Abs3;  
B-VG Art20 Abs1;  
GehG 1956 §21 Abs1;  
GehG 1956 §6 Abs3;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Seiler und die Hofräte Dr. Herberth, Dr. Knell, Dr. Germ und Dr. Höß als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Wildmann, über die Beschwerde der N gegen den Bescheid des Bundesministers für Auswärtige Angelegenheiten vom 3. März 1988, Zl. 389421/3-VI.1/88, betreffend Kaufkraft - Ausgleichszulage und Auslandsverwendungszulage nach § 21 des Gehaltsgesetzes 1956, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 10.380,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die Beschwerdeführerin steht als Kontrollor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Ihre Dienststelle war jedenfalls bis einschließlich 27. März 1986 das Österreichische Generalkonsulat in K.

Mit dem angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde

auf Grund des Antrages der Beschwerdeführerin vom 23. April 1986 fest, daß ihr ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Einberufung zur Dienstleistung in der Zentrale des Bundesministeriums für Auswärtige Angelegenheiten, das sei der 28. März 1986, gemäß § 21 Abs. 1 des Gehaltsgesetzes 1956 (GG) in der geltenden Fassung keine Auslandszulagen gebührten. Nach der Bescheidbegründung sei die Beschwerdeführerin mit Erlaß vom

18. Oktober 1985 darauf hingewiesen worden, daß "mit Bezug auf den bisher geführten Schriftverkehr" ihre endgültige Einberufung im ersten Quartal 1986 beabsichtigt sei. Mit Erlaß vom 19. November 1985 sei sie sodann mit erster Februarhälfte 1986 in die Zentrale einberufen worden. Auf Grund ihrer sowie der Intervention des Generalkonsuls Dr. G sei die Einberufung im Hinblick auf die Schwangerschaft der Beschwerdeführerin bis zum Beginn der Mutterschutzfrist (28. März 1986 als erster Tag der Schutzfrist und gleichzeitig fiktiver Dienstantrittstag in der Zentrale) auf die zweite Märzhälfte verschoben worden. Diese Verschiebung sei mit Erlaß vom 23. Dezember 1985 erfolgt. Mit Bericht vom 20. März 1986 habe das Generalkonsulat eine ärztliche Bescheinigung und die Eingabe der Beschwerdeführerin vorgelegt, denen zu entnehmen sei, daß die Beschwerdeführerin ab 5. Februar 1986 praktisch nicht mehr transportfähig sei und daher in der zweiten Märzhälfte den Dienst in der Zentrale nicht antreten könne. Mit Erlaß vom 8. April 1986 sei daraufhin das Generalkonsulat K fernschriftlich angewiesen worden, der Beschwerdeführerin nochmals mitzuteilen, daß als fiktiver Dienstantrittstag in der Zentrale der erste Tag der Mutterschutzfrist, also der 28. März 1986, angenommen werde. Mit diesem Datum hätten daher auch die Auslandsbezüge eingestellt werden müssen. Betreffend die Übersiedlung sei der Beschwerdeführerin anheimgestellt worden, sie auf Antrag bis ein Jahr nach der erfolgten Einberufung durchzuführen. Mit dieser Weisung habe vermieden werden sollen, daß die Beschwerdeführerin gezwungen sei, ihre Reise nach Österreich tatsächlich anzutreten. Im Hinblick auf die gebotene Sparsamkeit, die Knappheit an Planstellen, die Zumutbarkeit der Entbindung in Österreich unter Inanspruchnahme der in Österreich gesetzlich vorgesehenen Sozialleistungen und den vom Generalkonsulat K Zug um Zug geforderten Ersatz habe auf der Einberufung der Beschwerdeführerin, wie diese auch bei allen ähnlich gelagerten Fällen durchgeführt worden sei, bestanden werden müssen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde, nach der sich die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Kaufkraft - Ausgleichszulage und Auslandsverwendungszulage nach § 21 GG durch unrichtige Anwendung dieser Norm und des § 3 Abs. 3 des Mutterschutzgesetzes sowie der Verfahrensvorschriften über die Sachverhaltsermittlung, das Parteiengehör und die Bescheidebegründung verletzt erachtet. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin müßte die "fiktive Einberufung" als dienstliche Maßnahme im dienstlichen Bereich begründet sein, "während eine ausschließliche Begründung im besoldungsrechtlichen Bereich - nämlich dahingehend, daß dadurch weniger Bezüge bezahlt werden müssen - als ein von vornherein objektiv willkürlicher und nicht gesetzmäßiger Akt angesehen werden müßte". In concreto komme noch die krankheitsbedingte Dienst- und Transportunfähigkeit hinzu. Unter diesen Umständen habe die belangte Behörde nicht verlangen können, daß die Beschwerdeführerin überhaupt und daher auch nicht an einem anderen als dem bisherigen Dienstort Dienst verrichte. Der Zweck der beiden Zulagen des § 21 Abs. 1 GG bestehe in der Abgeltung der besonderen, einem Dienstnehmer im Ausland zusätzlich erwachsenden Kosten. Es sei daher mit dem Gesetzessinn und Gesetzeszweck absolut unvereinbar, diese Bezugsbestandteile gestützt auf einen fiktiv angeordneten Dienstortwechsel "einzuleiten" (gemeint offensichtlich: einzustellen), obgleich tatsächlich dieser Dienstortwechsel unmöglich sei. Schließlich sei aber auch § 3 Abs. 3 des Mutterschutzgesetzes zu berücksichtigen. Danach dürfe eine werdende Mutter über die Achtwochenfrist hinaus auch dann nicht beschäftigt werden, wenn nach einem von ihr vorgelegten Zeugnis eines Arbeitsinspektionsarztes oder eines Amtsarztes Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet wären. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegte ärztliche Bestätigung vom 7. März 1986 sei einer solchen Bestätigung gleichzuhalten. Dementsprechend habe nach dem Mutterschutzgesetz keinerlei Maßnahme getroffen werden dürfen, bei deren tatsächlicher Ausführung jene Gefährdung eingetreten wäre, die nach dem Gesetz hintanzuhalten sei. Hier komme noch deutlicher und gesetzlich unmittelbar zwingend der Gesichtspunkt zum Ausdruck, daß nicht aus reinen Bezugseinsparungsgründen eine Maßnahme getroffen werden dürfe, die nach allen sonstigen Kriterien keine Rechtsgrundlage habe bzw. deren Ausführung sich sogar als rechtswidrig darstellen würde. Deshalb sei auch eine dahingehende Fiktion unzulässig. Als rechtswidrig rügt die Beschwerdeführerin schließlich, daß die Schutzfrist nicht am 28., sondern erst am 29. März 1986 begonnen habe.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 21 Abs. 1 GG gebührt dem Beamten, der seinen Dienstort in einem Gebiet hat, in dem die österreichische Währung nicht gesetzliches Zahlungsmittel ist, und der dort wohnen muß, a) zum Monatsbezug und zur Sonderzahlung eine Kaufkraft-Ausgleichszulage, wenn die Kaufkraft des Schillings in diesem Gebiet geringer ist als im

Währungsgebiet des Schillings, b) zum Monatsbezug eine Auslandsverwendungszulage, wenn ihm die Verwendung im Ausland besondere Kosten verursacht. Nach § 21 Abs. 2 GG bemisst sich die Kaufkraft-Ausgleichszulage nach dem Verhältnis der Kaufkraft des Schillings innerhalb seines Währungsgebietes zur Kaufkraft des Schillings im Gebiet des ausländischen Dienstortes des Beamten. Bei der Bemessung der Auslandsverwendungszulage ist nach § 21 Abs. 3 GG auf die dienstrechtliche Stellung und die dienstliche Verwendung des Beamten, auf seine Familienverhältnisse, auf die Kosten der Erziehung und Ausbildung seiner Kinder sowie auf die besonderen Lebensverhältnisse im ausländischen Dienst- und Wohnort billige Rücksicht zu nehmen. Nähere Bestimmungen können durch Verordnung der Bundesregierung getroffen werden. Nach § 21 Abs. 4 GG obliegt die Bemessung der Kaufkraft-Ausgleichszulage und der Auslandsverwendungszulage dem zuständigen Bundesministerium im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Finanzen. Nach § 21 Abs. 5 GG gelten die Kaufkraft-Ausgleichszulage und die Auslandsverwendungszulage als Aufwandsentschädigung.

Da es sich bei den beiden Zulagen des § 21 Abs. 1 GG um solche zum Monatsbezug und zur Sonderzahlung bzw. zum Monatsbezug handelt, gebührten sie der Beschwerdeführerin auch dann, wenn die Voraussetzungen des Einleitungssatzes des § 21 Abs. 1 GG ab 28. März 1986 nicht mehr vorhanden gewesen sein sollten, jedenfalls für den ganzen Monat März 1986 (vgl. das Erkenntnis vom 9. Juni 1982, Zl. 09/0085/77). Soweit daher die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid feststellte, daß der Beschwerdeführerin die Auslandszulagen für den Zeitraum vom 28. bis 31. März 1986 nicht gebührten, ist der angefochtene Bescheid schon deshalb inhaltlich rechtswidrig.

Ob sie jedoch der Beschwerdeführerin auch noch ab 1. April 1986 zustanden, hängt davon ab, ob die den beiden Zulagen gemeinsame Voraussetzung, daß der Beamte seinen Dienstort in einem Gebiet hat, in dem die österreichische Währung nicht gesetzliches Zahlungsmittel ist, und er dort wohnen muß, auch noch ab diesem Zeitpunkt bestand.

Die Beschwerdeführerin wurde nach der Aktenlage mit dem in der Bescheidebegründung genannten Erlaß vom 19. November 1985 unter gleichzeitiger Enthebung von ihrer gegenwärtigen Dienstverwendung in die Zentrale des Bundesministeriums für Auswärtige Angelegenheiten einberufen und eingeladen, ihre Reisevorbereitungen so zu treffen, daß sie sich in der ersten Februarhälfte 1986 zum Dienstantritt melden könne. Die gegenwärtig an sie zur Überweisung gelangende Auslandszulage werde mit dem Tag ihrer Abreise aus K eingestellt. Mit Erlaß vom 23. Dezember 1985 wurde die Beschwerdeführerin in Abänderung des Erlasses vom 19. November 1985 eingeladen, ihre Reisevorbereitungen so zu treffen, daß sie sich in der zweiten Märzhälfte 1986 (Dienstantritt spätestens am 28. März 1986) in der Zentrale des Bundesministeriums für Auswärtige Angelegenheiten zum Dienstantritt melden könne; sämtliche übrigen im Erlaß vom 19. November 1985 enthaltenen Punkte blieben unverändert. Den zuletzt genannten Erlaß hat die Beschwerdeführerin nach ihrem im Akt erliegenden Schreiben vom 18. April 1986 in der zweiten Jännerwoche erhalten.

Diese "Einberufung" in das Bundesministerium für Auswärtige Angelegenheiten unter gleichzeitiger Enthebung von der Dienstverwendung beim Österreichischen Generalkonsulat in K ist, da Hinweise für eine vorübergehende Zuweisung im Sinne des § 39 BDG 1979 fehlen, als Anordnung einer Versetzung im Sinne des § 38 Abs. 1 leg. cit. (die dann vorliegt, wenn der Beamte innerhalb des Ressorts einer anderen Dienststelle zur dauernden Dienstleistung zugewiesen wird) zu werten. Sie war nicht mit Bescheid zu verfügen. Denn nach § 41 BDG 1979 sind unter anderem die Abs. 2 bis 5 des § 38 nicht auf Dienstbereiche anzuwenden, bei denen es nach der Natur des Dienstes notwendig ist, die Beamten nach einiger Zeit zu einer anderen Dienststelle zu versetzen. Dazu zählen die Beamten des Bundesministeriums für Auswärtige Angelegenheiten (vgl. die Erläuterungen zu § 41 der Regierungsvorlage betreffend das BDG 1979, 11 BlgNR XV. GP, S. 84, sowie die vor Inkrafttreten des BDG 1979 geltenden Bestimmungen des § 67 Abs. 2 und 10 der Dienstpragmatik und die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der Dienstpragmatik-Novelle 1969, 356 BlgNR XI. GP, S. 15).

Ab wann diese Versetzung wirksam werden sollte, läßt sich dem als Weisung zu wertenden Erlaß vom 23. Dezember 1985 nicht eindeutig entnehmen. Nach der Ankündigung im Erlaß vom 19. November 1985, die weiterhin in Geltung blieb, es werde die gegenwärtig an die Beschwerdeführerin zur Überweisung gelangende Auslandszulage mit dem Tag ihrer Abreise aus K eingestellt, ist jedenfalls klar, daß sie nicht schon mit der Zustellung des Erlasses vom 23. Dezember 1985 an die Beschwerdeführerin wirksam werden sollte. Diese Ankündigung könnte aber so verstanden werden, daß die Versetzung schon mit der Abreise der Beschwerdeführerin aus K in Wirksamkeit treten solle; sie läßt jedoch auch die Deutung zu, daß die Einstellung der Zulage schon ab diesem Zeitpunkt nur darin ihren Grund habe, weil die Beschwerdeführerin ab der Abreise nicht mehr in K, ihrem Dienstort, wohnen müsse. Bei diesem Verständnis der

Ankündigung sollte die Versetzung wohl mit der Meldung des Dienstantritts in der "Zentrale" des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten, die spätestens am 28. März 1986 vorzunehmen war, eintreten. Ob die Versetzung aber auch bei nicht erfolgreichem tatsächlichen Dienstantritt bis spätestens 28. März 1986 jedenfalls an diesem Tag wirksam werden sollte, kommt in der Weisung nicht mit der wünschenswerten Klarheit zum Ausdruck.

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem im Dienstweg eingebrachten Schreiben vom 20. März 1986 der belangten Behörde mitgeteilt, daß sie bis zum Ende ihrer Schwangerschaft arbeitsunfähig sei und ein absolutes Reiseverbot bestehe; deshalb könne sie sich in der zweiten Märzhälfte 1986 nicht in der Zentrale zum Dienstantritt melden. Diese von der Beschwerdeführerin rechtzeitig erstattete Mitteilung (es ging ihr eine inhaltsgleiche vom 7. März 1986 an ihren unmittelbaren Vorgesetzten voraus) durfte die belangte Behörde (einerseits unter Bedachtnahme darauf, daß schon einmal die Wirksamkeit der Versetzung durch Änderung des Zeitraumes, in der der Dienst in Wien anzutreten sei, und andererseits vor dem Hintergrund der dargelegten Unklarheit des Wirksamkeitsbeginnes der Versetzungsweisung vom 23. Dezember 1985) nicht als bloße Bekanntgabe der Beschwerdeführerin werten, daß sie einer auch ihrer Auffassung nach unabhängig von ihrem tatsächlichen Dienstantritt in Wirksamkeit tretenden Versetzung vorübergehend wegen einer bestehenden Reiseunfähigkeit nicht entsprechen könne; sie mußte sie vielmehr als Ausdruck der Auffassung der Beschwerdeführerin werten, daß wegen der Reiseunfähigkeit die Versetzung nicht wirksam werden könne und, sofern die belangte Behörde auf der Versetzung beharre, neuerlich verschoben werden müsse. Dies aber hatte eine Klarstellungspflicht der belangten Behörde zur Folge.

Diese Klarstellung erfolgte auch mit dem an den österreichischen Generalkonsul in K gerichteten fernschriftlichen Erlaß vom 8. April 1986, nach dem dieser der Beschwerdeführerin mitteilen sollte, "daß als fiktiver Dienstantrittstag in der Zentrale der 1. Tag der Mutterschutzfrist, also der 28. März 1986, angenommen wird". Die Auslandsbezüge würden bis zu diesem Tag zur Anweisung gebracht. Die Übersiedlung könne die Beschwerdeführerin auf Antrag ein Jahr nach Einberufung durchführen. Abgesehen von dem offensichtlichen Irrtum hinsichtlich des Beginnes der Mutterschutzfrist (nach der Aktenlage ging die belangte Behörde sonst immer vom 29. März 1986 als Beginn der Frist aus) kann dieser Erlaß, dessen Inhalt der Beschwerdeführerin nach ihrer Behauptung im Schreiben an die belangte Behörde vom 18. April 1986 vom Generalkonsul am 17. April 1986 mitgeteilt wurde, entgegen ihrem Beschwerdevorbringen nicht so verstanden werden, daß die belangte Behörde die "Einberufung" selbst als "fiktiv", also als unwirksam, angesehen habe; die belangte Behörde brachte vielmehr durch die nicht sehr glücklich gewählte Wendung "fiktiver Dienstantrittstag" im Zusammenhang mit dem übrigen Erlaßinhalt doch erkennbar zum Ausdruck, daß die Versetzungsweisung vom 23. Dezember 1985 trotz fehlendem tatsächlichen Dienstantritt am 28. März 1986 wirksam geworden sei.

Gegen die so verstandene Versetzungsweisung erhob die Beschwerdeführerin in ihrem schon genannten Schreiben vom 18. April 1986 Einwände, die erkennen lassen, daß und welche rechtlichen Bedenken sie gegen die danach am 28. März 1986 eingetretene Wirksamkeit der Versetzung habe. Ob diese (denkmöglichen) Bedenken rechtlich zutrafen oder nicht, war für den Eintritt der Verpflichtung der belangten Behörde, gemäß § 44 Abs. 3 letzter Satz BDG 1979 die Versetzungsweisung vom 23. Dezember 1985 schriftlich zu wiederholen, widrigenfalls sie als zurückgezogen galt, ohne Bedeutung (vgl. dazu, insbesondere zur Verpflichtung zur Wiederholung einer schriftlichen Weisung im Falle erhobener Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer schriftlichen Weisung, das ausführlich begründete, zur verwandten Norm des § 20 a Abs. 3 der Wiener Dienstordnung 1966 ergangene Erkenntnis vom 30. März 1989, Zl. 86/09/0110). Daran änderte es nichts, daß die Versetzung nach Auffassung der belangten Behörde schon am 28. März 1986 wirksam geworden war. Wird nämlich eine der Klarstellung bedürftige Weisung auf Grund eines rechtzeitigen Anbringens des Beamten, das entweder ausdrücklich auf die Klarstellung abzielt oder doch eindeutig die Klarstellungsbedürftigkeit für den Beamten erkennen läßt, erst nach dem - gerade

klarzustellenden - Wirksamkeitsbeginn der Weisung klargestellt, so kann dies nicht zu Lasten des Beamten gehen. Es bleibt vielmehr bei der Verpflichtung des Vorgesetzten, nach § 44 Abs. 3 letzter Satz BDG 1979 vorzugehen, widrigenfalls die Weisung als zurückgezogen gilt.

Vor diesem Hintergrund galt die Versetzungsweisung vom 23. Dezember 1985 als zurückgezogen, weil die belangte Behörde diese Weisung nicht schriftlich wiederholte. Bemerkt sei, daß auch im Falle einer schriftlichen Wiederholung die Versetzung (abgesehen von den sonstigen, von der Beschwerdeführerin erhobenen Bedenken) nicht rechtmäßig mit Wirksamkeit ab 28. März 1986 hätte angeordnet werden dürfen, weil rückwirkende Versetzungen unzulässig sind.

Mangels einer wirksamen Versetzung stand dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf die Auslandszulagen auch ab 1. April 1986 nicht das von der belangten Behörde angenommene Fehlen der obgenannten Voraussetzung des § 21 Abs. 1 GG entgegen.

Aus den angeführten Gründen ist der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989.

#### **Schlagworte**

Organisationsrecht Diverses Weisung Aufsicht VwRallg5/4

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

ECLI:AT:VWGH:1990:1988120077.X00

#### **Im RIS seit**

11.07.2001

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

© 2026 JUSLINE

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

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