

Rechtsgutachten

zu den Fragen:

- 1. Durch welche Verwaltungsakte wird der maßgebliche Zeitpunkt für die Betrauung von Staatssekretärinnen und Staatssekretären mit der Besorgung bestimmter Aufgaben gemäß Art 78 Abs 3 B-VG bestimmt?**
- 2. Unter welchen Voraussetzungen und auf welcher Rechtsgrundlage können Beträge, die nach dem Bundesbezügegesetz geleistet wurden, zurückgefordert werden?**

erstattet von

Univ.-Prof. Dr. Sebastian Schmid, LL.M. (UCL)

Salzburg, März 2023

Inhaltsverzeichnis

- I. Zusammenfassung in Thesen
- II. Ausgangslage und Fragestellungen
- III. Gutachtensfrage 1
 - A. Ab welchem Zeitpunkt liegt eine Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG vor?
 - 1. Einordnung des Betrauungsvorgangs gemäß Art 78 Abs 3 B-VG
 - 2. Vornahme einer Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG
 - B. Ab welchem Zeitpunkt besteht ein Anspruch auf Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG?
 - 1. Die unklare Rechtslage
 - 2. Entstehen des Anspruchs gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG
 - 3. Weitere Konkretisierung
- IV. Gutachtensfrage 2
 - A. Rechtsgrundlage für die Rückforderung
 - B. Bereicherungsvorschriften des ABGB als allgemeine Rechtsgrundsätze
 - C. Anwendung auf die vorliegenden Fälle
 - D. Rechtsweg

I. Zusammenfassung in Thesen

1. Die Betrauung eines Staatssekretärs mit der Besorgung bestimmter Aufgaben gemäß Art 78 Abs 3 B-VG ist **mit Erteilung der Zustimmung** des betroffenen Staatssekretärs abgeschlossen und **rechtswirksam**.
2. Ein **Anspruch** auf erhöhte Bezüge **gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG besteht ab dem Zeitpunkt der rechtswirksamen Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG** und nicht schon ab Angelobung.
3. Als **Rechtsgrund für die Rückforderung** von zu viel bezahlten Bezügen nach dem Bundesbezügegesetz können die als allgemeine Rechtsgrundsätze für die gesamte Rechtsordnung geltenden **zivilrechtlichen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung** herangezogen werden.
4. Bei zu viel geleisteten Bezügen an einen Staatssekretär gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG handelt es sich um eine **irrtümlich erfolgte ungerechtfertigte Vermögensverschiebung**. Rechtsfolge einer ungerechtfertigten Bereicherung in Form einer Geldleistung ist die Pflicht zur Rückzahlung. Sie tritt allerdings im Fall eines **gutgläubigen Verbrauchs** nicht ein.

Vorausgesetzt, dass tatsächlich ein Verbrauch stattgefunden hat, **liegen bei einer Überbezahlung gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG die Voraussetzungen für eine Rückforderung der zu viel bezahlten Bezüge wegen gutgläubigen Empfangs und Verbrauchs nicht vor.**

II. Ausgangslage und Fragestellungen

- 1 Das B-VG unterscheidet in Art 78 Staatssekretäre, die einem Bundesminister „zur Unterstützung in der Geschäftsführung und zur parlamentarischen Vertretung“ beigegeben sind (Abs 2), und solche, die „auch mit der Besorgung bestimmter Aufgaben“ betraut sind (Abs 3). Ungeachtet der genauen Unterscheidung beider Aufgabenkreise ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang, dass der Grad der Mitwirkung nach Abs 3 ein höherer sein soll als nach Abs 2.¹
- 2 An diese verfassungsrechtliche Unterscheidung knüpft das Bundesbezügegesetz (BBezG)² an, indem es in § 3 Abs 1 festlegt, dass die Bezüge eines Staatssekretärs, der mit der Besorgung bestimmter Aufgaben betraut ist, 180 % (Z 7), und jene eines Staatssekretärs, der *nicht* mit der Besorgung bestimmter Aufgaben betraut ist, 160 % (Z 10) des Ausgangsbetrags ausmachen.
- 3 Für die Anwendung dieser Vorschriften des Bundesbezügegesetzes stellt sich die Frage, welcher Zeitpunkt für die Einordnung eines Staatssekretärs in die eine oder andere Kategorie relevant ist, weil davon die Höhe der Bezüge abhängt (**Gutachtensfrage 1**).
- 4 Die Bestellung der Staatssekretäre erfolgt „in gleicher Weise“ wie jene der Bundesminister (Art 78 Abs 2 B-VG). Die Entscheidung darüber, ob einem Bundesminister ein Staatssekretär beigegeben wird, ist daher zunächst Gegenstand der verfassungsrechtlich nicht geregelten Phase der Regierungsbildung. An deren Ende steht die vom designierten Bundeskanzler zu erstellende Ministerliste, die auch die künftigen Staatssekretäre zu enthalten hat sowie die Angabe, welchem Bundesminister ein Staatssekretär beigegeben werden soll.
- 5 Im anschließenden, rechtlich geregelten Prozess der Regierungsbildung werden die Staatssekretäre, wie die Mitglieder der Bundesregierung, vom Bundespräsidenten zunächst ernannt und anschließend durch diesen angelobt.³ Eine Entscheidung über die Aufgabenkreise gemäß Art 78 Abs 2 und 3 B-VG ist dabei dem Bundespräsidenten verwehrt, weil diese Entscheidung dem betreffenden Bundesminister zukommt.
- 6 Nach der bisher üblichen Praxis wurden im Anschluss an die Angelobung allfällige Betrauungen von Staatssekretären nach Art 78 Abs 3 B-VG vorgenommen. Dies geschah in den meisten Fällen in einem Zeitraum von bis zu zwei Wochen, in Einzelfällen nach mehreren Wochen.
- 7 Ungeachtet der jeweiligen Zeitspanne zwischen Angelobung und tatsächlicher Betrauung wurden alle Staatssekretäre, für die die Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG (politisch) vorgesehen war, bezügerechtllich als Staatssekretäre, die mit der Besorgung bestimmter Aufgaben betraut sind (§ 3 Abs 1 Z 7

¹ Vgl *Lukan*, Art 78 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (20. Lfg 2018) Rz 49.

² Bundesgesetz über die Bezüge der obersten Organe des Bundes, der Mitglieder des Nationalrates und des Bundesrates (Bundesbezügegesetz – BBezG), BGBl I 1997/64 idF 2020/155.

³ Siehe zum Bestellungsverfahren detailliert *Wieser*, Der Staatssekretär (1997) 108 ff.

BBezG), eingestuft und daher die gegenüber nicht-betrauten Staatssekretären erhöhten Bezüge ab dem Tag der Angelobung ausbezahlt.

- 8 Sollte sich diese Praxis ganz oder teilweise als rechtswidrig erweisen, sodass die höheren Bezüge dem betroffenen Staatssekretär erst später als angenommen zustehen, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen und auf welcher Rechtsgrundlage Beträge, die nach dem Bundesbezügegesetz geleistet wurden, zurückgefordert werden können (**Gutachtensfrage 2**).

III. Gutachtensfrage 1

A. Ab welchem Zeitpunkt liegt eine Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG vor?

1. Einordnung des Betrauungsvorgangs gemäß Art 78 Abs 3 B-VG

- 9 Die Betrauung eines Staatssekretärs mit der Besorgung bestimmter Aufgaben nach Art 78 Abs 3 B-VG stellt einen verwaltungsinternen Akt dar. Sie hat daher – in der Terminologie des allgemeinen Verwaltungsrechts – in Form eines innerbehördlichen Mandats zu erfolgen.⁴ Danach betraut ein übergeordnetes Organ einen nachgeordneten Organwalter mit der Wahrnehmung von Aufgaben in seinem Namen und unter seiner Verantwortung.⁵
- 10 Da durch mandatsmäßige Betrauungen die Zuständigkeitsordnung unberührt bleibt, braucht es keine Vornahme durch außenwirksamen Rechtsakt.⁶ Sie hat daher durch generelle oder individuelle Weisung⁷ zu erfolgen. Form- und Verfahrensanforderungen bestehen nur insofern, als sie für den jeweiligen Betrauungsvorgang angeordnet sind.

2. Vornahme einer Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG

- 11 Eine Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG kann nur durch jenen Bundesminister vorgenommen werden, dem der Staatssekretär beigegeben wurde.⁸ Mangels entsprechender Vorgaben kann die Betrauung schriftlich oder mündlich erfolgen. Da Art 78 Abs 3 B-VG von *bestimmten* Aufgaben spricht, müssen die übertragenen Aufgaben eindeutig abgegrenzt sein. Insofern empfiehlt sich zumindest die Schriftform.

⁴ Ausführlich *Wieser*, Staatssekretär, 248 ff; *Lukan*, Art 78 B-VG, in Kneihls/Lienbacher, Rz 49 f.

⁵ *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 346; *Schmid*, Delegation und Mandat im allgemeinen Verwaltungsrecht, ZfV 2010, 2 (8 ff).

⁶ AA *Wieser*, Staatssekretär, 258 ff.

⁷ Art 78 Abs 3 B-VG zielt wohl darauf ab, den Staatssekretär generell mit einem Aufgabenkreis zu betrauen, doch schließt die Regelung es nicht aus, dass ihm spezielle Einzelaufgaben übertragen werden (vgl *Wieser*, Staatssekretär, 265).

⁸ Abzustellen ist hier auf das Organ und nicht auf den Organwalter; siehe *Wieser*, Staatssekretär, 263 f.

- 12 Betrauungsgegenstand können nur Aufgaben sein, für die der betroffene Bundesminister nach dem Bundesministerengesetz im Betrauungszeitpunkt zuständig ist. Eine Betrauung „vorbehaltlich der späteren Gesetzesänderung“ ist ebenso unzulässig, wie eine „rückwirkende Betrauung zum Angelobungszeitpunkt“, weil für beides die rechtlichen Grundlagen fehlen.
- 13 Eine Besonderheit gegenüber herkömmlichen mandatsmäßigen Betrauungen stellt das in Art 78 Abs 3 B-VG vorgesehene Erfordernis der Zustimmung durch den mandatierten Staatssekretär dar. Da auch für sie keine Formerfordernisse angeordnet sind, kann sie schriftlich und mündlich erteilt werden. Die Funktion der Zustimmung ist nicht unmittelbar ersichtlich, doch dient sie wohl zum Schutz des Betroffenen vor einer Überfrachtung mit Aufgaben.⁹ Daraus ergibt sich, dass die mit der Funktion eines Staatssekretärs betraute Person die Zustimmung persönlich erteilen muss und dass sie dabei nicht an Weisungen gebunden ist.¹⁰ Scheidet der Amtsinhaber aus der Funktion des Staatssekretärs aus, bindet seine Zustimmung nicht einen etwaigen Nachfolger. Dieser muss vielmehr wiederum persönlich die Zustimmung zur Betrauung erteilen.
- 14 Für den vorliegenden Zusammenhang ist das Zustimmungserfordernis von Bedeutung, weil der **Betrauungsvorgang erst mit Erteilung der Zustimmung abgeschlossen und rechtswirksam** ist. Erst mit erfolgter Zustimmung ist der betroffene Staatssekretär im Sinne von Art 78 Abs 3 B-VG mit der Besorgung bestimmter Aufgaben betraut.

B. Ab welchem Zeitpunkt besteht ein Anspruch auf Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG?

1. Die unklare Rechtslage

- 15 Das Bundesbezügegesetz unterscheidet im Hinblick auf die Höhe der Bezüge zwischen Staatssekretären, die mit bestimmten Aufgaben betraut sind, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Dass die Höhe der Bezüge an eine Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG anknüpft, bedeutet aber nicht automatisch, dass die rechtswirksame Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG auch den Zeitpunkt darstellt, ab dem der Anspruch auf die höheren Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG besteht. Dies aus folgendem Grund:
- 16 Das Bundesbezügegesetz enthält in § 4 eine Vorschrift über den Anfall der Bezüge. Die Bestimmung lautet:

(1) Der Anspruch auf Bezüge beginnt mit dem Tag der Angelobung und endet mit dem Tag des Ausscheidens aus der Funktion.

(2) Wird außer im Fall des Abs. 3 die Funktion nicht während des ganzen Monats ausgeübt, gebührt in diesem Monat nur für jeden Tag der Funktionsausübung ein Dreißigstel des Bezuges.

⁹ Wieser, Staatssekretär, 261 f.

¹⁰ Lukan, Art 78 B-VG, in Kneihls/Lienbacher, Rz 51; Autengruber, Art 78 B-VG, in Kahl/Khakhzadeh/Schmid (Hrsg), Bundesverfassungsrecht. Kommentar (2021) Rz 30.

(3) Scheidet ein Organ durch Tod aus seiner Funktion aus, gebührt der Bezug bis zum Ende des betreffenden Monats.

- 17 Ab welchem Zeitpunkt der Anspruch auf Bezüge von Staatssekretären, die nach Art 78 Abs 3 B-VG betraut sind, besteht, ist damit unklar. Die insofern eindeutige Regel des § 4 Abs 1 BBezG besagt, dass die Angelobung der relevante Zeitpunkt ist. Allerdings erfolgt die Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG nicht zugleich mit der Angelobung durch den Bundespräsidenten, sondern in einem eigenen Akt, der oben beschriebenen Mandatierung durch den zuständigen Bundesminister. Diese Akte müssen hintereinander stattfinden, weil die Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG die vorherige Angelobung voraussetzt. In der Praxis war die Abfolge üblicherweise jene, dass die Angelobung zeitnah nach der Einigung über eine neue Regierung stattfand und die Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG einige Tage bis Wochen später.
- 18 Diese unklare Rechtslage ist historisch erklärbar: Dass der Anspruch auf Bezüge an die Angelobung geknüpft wird, hat eine lange Tradition. Bereits im ersten Bezügegesetz der Republik von 1920¹¹ war dies für Abgeordnete, Regierungsmitglieder und auch Staatssekretäre, wenn auch noch in getrennten Bestimmungen, so vorgesehen.¹² Wörtlich hieß es für letztere, dass deren Anspruch auf Entschädigung „im Zeitpunkt der Angelobung“ erworben werde. Damit war zum damaligen Zeitpunkt ein unzweideutiger Anspruchszeitpunkt festgelegt, weil es die Betrauung von Staatssekretären mit bestimmten Aufgaben im B-VG noch nicht gab und dementsprechend im Bezügegesetz keine entsprechende Unterscheidung vorgenommen wurde.
- 19 Diese Regelung wurde in die folgenden Bezügegesetze weitgehend unverändert übernommen,¹³ bis die vormals getrennten Regelungen für Mitglieder von Nationalrat und Bundesrat einerseits und die obersten Organe andererseits 1972 zusammengeführt wurden.¹⁴ § 2 Abs 1 BezG 1972 legte insofern fest, dass die „Bezüge [...] im voraus am Anfang eines jeden Monats, und zwar beginnend mit dem Monat, in dem die Angelobung geleistet wird, auszuzahlen“ sind. Zu inhaltlichen Änderungen kam es dadurch aber nicht.¹⁵ Die Höhe der Bezüge von Staatssekretären wurde mit „180 v. H. des Anfangsbezuges eines Mitgliedes des Nationalrates“ festgelegt (§ 6 BezG 1972).
- 20 Durch B-VG-Novelle 1988¹⁶ wurde die Möglichkeit geschaffen, Staatssekretäre mit bestimmten Aufgaben zu betrauen. Das Bezügegesetz blieb davon zunächst unberührt und enthielt (nur) eine für alle Staatssekretäre geltende Regelung. Erst mit dem Bundesbezügegesetz 1997 wurde eine Differenzierung zwischen Staatssekretären mit und ohne Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG vorgenommen. Dass die

¹¹ BGBl 1920/32.

¹² § 1 Abs 4 und § 4 Abs 4 BezG 1920.

¹³ Siehe § 1 Abs 4 und § 4 Abs 4 BezG 1924 (BGBl 1924/282); § 1 Abs 4 und § 4 Abs 4 BezG 1947 (BGBl 1947/23); § 1 Abs 4 und § 5 Abs 4 BezG 1956 (BGBl 1956/57).

¹⁴ Bezügegesetz 1972 (BGBl 1972/273).

¹⁵ RV 392 BlgNR 13. GP 10.

¹⁶ BGBl 1988/685.

Vorschrift über den Anfall der Bezüge (§ 4 Abs 1 BBezG) nicht so geändert wurde, dass sie einen entsprechend differenzierten Zeitpunkt für den Anfall vorsieht, wurde entweder übersehen oder in Kauf genommen.¹⁷

2. Entstehen des Anspruchs gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG

- 21 Nach dem Gesagten kommen als möglicher Zeitpunkt, ab dem ein Anspruch auf erhöhte Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG besteht, entweder die Angelobung oder die Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG in Betracht. Der Wortlaut lässt beides zu, weil auf beide Zeitpunkte Bezug genommen wird.¹⁸
- 22 **Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente dafür, dass (erst) mit der rechtswirksamen Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG ein Anspruch auf erhöhte Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 7 B-VG besteht.**
- 23 Dies zeigt sich deutlich bei jener Konstellation, in der für einen designierten Staatssekretär bei der Regierungsbildung zunächst nicht die Betrauung mit bestimmten Aufgaben vorgesehen ist und dies erst später entschieden wird. Relevanter Zeitpunkt für den Anspruch auf erhöhte Bezüge nach § 3 Abs 1 Z 7 BBezG kann hier nur die rechtswirksame Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG sein. Es gibt in diesem Fall keinen Grund, eine Rückwirkung bis zur Angelobung anzunehmen.
- 24 Damit ergibt sich folgendes Bild: Staatssekretäre haben mit ihrer Angelobung einen Anspruch auf Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 10 BBezG. Insofern ist die Angelobung weiterhin der bezügerechtlich relevante Zeitpunkt, auch für Staatssekretäre. Ein Anspruch auf höhere Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG entsteht erst ab rechtswirksamer Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG. Denn wenn im Fall einer erst späteren Betrauung mit bestimmten Aufgaben der Angelobung keine Relevanz zukommt (siehe die Rz davor) und stattdessen auf die rechtswirksame Mandatierung abzustellen ist, dann liegt es auf der Hand, dass dies auch in der Phase der Regierungsbildung gilt. Durch das Bundesbezügegesetz 1997 wurde somit für den Anfall der Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG eine Spezialregelung gegenüber § 4 Abs 1 BBezG getroffen, wonach in diesem Fall ein Anspruch auf Bezüge ab Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG und nicht schon ab Angelobung besteht.
- 25 Für den Vollzug bedeutet dieses Ergebnis freilich nicht, dass ein erhöhter Bezug nach § 3 Abs 1 Z 7 BBezG faktisch nicht schon zum Angelobungszeitpunkt entstehen kann. Wenn bereits in der Phase der Regierungsbildung und damit vor der Angelobung die Betrauung vorbereitet und diese dann zeitnah nach der Angelobung vorgenommen wird, dann bewirkt das zeitliche Zusammenfallen von Angelobung und Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG, dass erhöhte Bezüge „vom ersten Tag an“ auszubezahlen sind. Es handelt sich dabei um eine Frage der Vorbereitung, Planung und Durchführung des Betrauungsakts.

¹⁷ Die Gesetzesmaterialien schweigen dazu.

¹⁸ Auf die Angelobung in § 4 Abs 1 und auf die Betrauung nach Art 78 Abs 3 B-VG in § 3 Abs 1 Z 7 B-VG.

3. Weitere Konkretisierung

- 26 Das im Bundesbezügegesetz vorgesehene Zusammenspiel zwischen einer Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG und dem Entstehen eines Anspruchs gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG setzt eine verwaltungsinterne Kommunikation über die gesetzten Handlungen voraus. Konkret hat der betrauende Bundesminister oder ein in seinem Namen handelndes Hilfsorgan die für die Vollziehung des Bundesbezügegesetzes zuständige Abteilung darüber zu informieren, dass eine rechtskräftige Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG vorliegt. Wie oben bereits ausgeführt, ist das dann der Fall, wenn eine Zustimmung des betroffenen Staatssekretärs vorliegt. Ohne eine Mitteilung über die rechtswirksame Betrauung besteht (nur) ein Anspruch auf Bezüge gemäß § 3 Abs 1 Z 10 BBezG.
- 27 Die angesprochene Mitteilung kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Bei Mündlichkeit ist darüber von der für die Vollziehung des Bundesbezügegesetzes zuständigen Abteilung ein Aktenvermerk anzufertigen, eine schriftliche Mitteilung ist zum Akt zu nehmen. Aus der Mitteilung muss unzweifelhaft hervorgehen, dass eine Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG rechtswirksam vorgenommen wurde. Die Bekundung der Absicht, dass ein Staatssekretär mit bestimmten Aufgaben betraut werden soll, reicht nicht aus, um unter das Bezügeregime von § 3 Abs 1 Z 7 BBezG zu fallen. Sollten wegen einer unklaren Formulierung (zB bei der Mitteilung, dass ein Staatssekretär „für einen Bundesminister tätig“ sei) Zweifel darüber bestehen, ob tatsächlich eine Betrauung vorliegt, dann sind diese vor einer Anweisung von Bezügen gemäß § 3 Abs 1 Z 7 BBezG zu klären. Zu betonen ist allerdings, dass die für die Vollziehung des Bundesbezügegesetzes zuständige Abteilung nicht die Rechtmäßigkeit des Betrauungsvorgangs zu kontrollieren hat. Aus ihrer Sicht geht es allein darum, dass das Vorliegen der rechtskräftigen Betrauung einschließlich des Zeitpunktes, mit dem diese abgeschlossen wurde, unzweifelhaft kommuniziert wird.

IV. Gutachtensfrage 2

- 28 Sollten zu hohe Bezüge bezahlt worden sein, stellt sich die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage und unter welchen Voraussetzungen Beträge, die nach dem Bundesbezügegesetz geleistet wurden, zurückgefordert werden können.

A. Rechtsgrundlage für die Rückforderung

- 29 Während bezügerechtliche Ansprüche von Staatssekretären gegenüber dem Bund gemäß Art 137 B-VG vor dem VfGH geltend gemacht werden können,¹⁹ ist dies im umgekehrten Fall, in dem eine Gebietskörperschaft Ansprüche wegen zu viel ausbezahlter Bezüge geltend machen möchte, nicht möglich.²⁰

¹⁹ VfSlg 5901/1969, 6917/1972.

²⁰ Vgl B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021) Rz 1391.

Die Kausalgerichtsbarkeit ist auf Ansprüche gegen den Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände beschränkt. Art 137 B-VG scheidet daher wegen der engen Passivlegitimation als Rechtsgrundlage aus.

- 30 Weiters ist zu beachten, dass der Anspruch auf Bezüge und deren nähere Ausgestaltung (zB Höhe) nicht bescheidmäßig festgelegt wird. Vielmehr ist der Rechtstitel für die Bezugsanweisung unmittelbar das Gesetz.²¹ Ungeachtet der Frage, ob die Voraussetzungen dafür überhaupt vorliegen, ist mangels Bescheids die Korrektur der Bezüge durch amtswegige Bescheidbehebung oder -korrektur nicht möglich.
- 31 Auch findet sich im Bundesbezügegesetz sonst keine Rechtsgrundlage zur Rückforderung zu viel bezahlter Bezüge durch Erlassung eines Leistungsbescheids. Eine mit § 13a GehG („Ersatz zu Unrecht empfangener Leistungen“)²² vergleichbare Kondiktionsnorm enthält das Bundesbezügegesetz nicht. Auch ist eine Berücksichtigung von § 13a GehG oder vergleichbarer Vorschriften²³ im Verweisweg mangels Verweissnorm ausgeschlossen.
- 32 Schließlich bräuchte es auch für die Aufrechnung mit Bezügen von derzeit noch im Amt stehenden Staatssekretären eine gesetzliche Grundlage, die es aber im Bundesbezügegesetz, anders als etwa in § 24 Abs 1 GehG, nicht gibt.
- 33 Angesichts dieses Befundes könnte man geneigt sein, das Vorliegen eines zivilrechtlichen Anspruchs anzunehmen.²⁴ Dies scheidet allerdings daran, dass die Rückforderung von im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses möglicherweise zu viel bezahlten Bezügen keine bürgerliche Rechtssache im Sinn von § 1 JN ist.²⁵
- 34 Damit sieht man sich mit dem Problem konfrontiert, dass das öffentliche Recht keine Vorschriften über die Rückforderung von zu viel bezahlten Bezügen nach dem Bundesbezügegesetz enthält. Diese Konstellation ist aber keineswegs neu oder einzigartig. Schon in VfSlg 10/1919 war der VfGH mit der Frage konfrontiert, ob im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zu viel bezahlte Bezüge vom deutsch-österreichischen Staat zurückgefordert werden können. Er kam zum Ergebnis, dass eine Rückforderung auf Grundlage von § 1431 ABGB möglich sei, weil die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung und den gutgläubigen Erwerb „nur ein Ausdruck allgemein geltender Rechtsgrundsätze“ seien und daher auch im Gebiet des öffentlichen Rechts Anwendung zu finden hätten.²⁶

²¹ Insofern vergleichbar VfSlg 5901/1969.

²² BGBl 1956/54 idF BGBl I 2022/206.

²³ § 54 KOVG (BGBl 1957/152 [WV] idF BGBl I 2022/215), § 58 HVG (BGBl 1964/27 idF BGBl I 2015/162), § 25 AIVG (BGBl 1977/609 [WV] idF BGBl I 2023/11).

²⁴ So wohl *Kerschner*, Bereicherung im öffentlichen Recht (1983) 64 ff.

²⁵ *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht, Rz 1394.

²⁶ Dazu *Wimmer*, Rechtsverhältnisse im öffentlichen Recht (2019) 390 ff.

- 35 Diese Entscheidung wurde in der Folge mehrfach bestätigt²⁷ und auch vom VwGH übernommen.²⁸ Sie basiert auf der Einsicht, dass das öffentliche Recht dann eine Lücke aufweist, wenn es keine bereicherungsrechtlichen Vorschriften enthält. Deren Schließung erfolge nicht durch unmittelbare Anwendung des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts, dessen einschlägige Vorschriften werden vielmehr als allgemeine Rechtsgrundsätze verstanden, die auch für öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen gelten.²⁹
- 36 Im Ergebnis zeigt sich, dass als Rechtsgrund für die Rückforderung von zu viel bezahlten Bezügen nach dem Bundesbezügegesetz die **als allgemeine Rechtsgrundsätze für die gesamte Rechtsordnung geltenden zivilrechtlichen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung** heranzuziehen sind.

B. Bereicherungsvorschriften des ABGB als allgemeine Rechtsgrundsätze

- 37 Im Zuge dieses Gutachtens kann die Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung im vorliegenden Fall nur holzschnittartig dargestellt werden. Für eine detaillierte Untersuchung ist die spezifische Expertise von zivilrechtlicher Seite erforderlich.
- 38 Bei zu viel geleisteten Bezügen an einen Staatssekretär handelt es sich um eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, weil eine Leistung rechtsgrundlos erbracht wurde. Im vorliegenden Kontext sind die erhöhten Bezüge irrtümlich geleistet worden, weil die langjährige Vollzugspraxis wegen der unklaren Vorgaben des Bundesbezügegesetzes davon ausgegangen ist, dass (auch) der Anspruch eines mit bestimmten Aufgaben betrauten Staatssekretärs ab Angelobung besteht. Wie oben gezeigt wurde, ist relevanter Zeitpunkt für einen Anspruch auf erhöhte Bezüge allerdings die rechtswirksame Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG, die in der Regel erst nach der Angelobung stattfindet.
- 39 Wer irrtümlich eine Nichtschuld zahlt, kann das Geleistete gemäß § 1431 ABGB zurückfordern.³⁰ Dabei ist grundsätzlich belanglos, wen das Verschulden bezüglich des Irrtums trifft.³¹ Bei Sachleistungen ist als Rechtsfolge einer ungerechtfertigten Bereicherung die Herausgabepflicht vorgesehen,³² bei Geldleistungen ist Rückzahlung geschuldet.³³
- 40 Zum Schutz des Dienstnehmers in der Verwendung des Arbeitsentgelts hat die Rechtsprechung die Beschränkung der Rückzahlungspflicht bei gutgläubigem Verbrauch entwickelt. Die für Unterhaltsleistungen entwickelten Grundsätze gelten auch dann, wenn die irrtümlich und rechtsgrundlos erbrachte Leistung wenigstens wirtschaftlich gesehen – also ohne Rücksicht auf die rechtliche Konstruktion des Ver-

²⁷ VfSlg 3354/1958, 8178/1977, 8812/1980, 10.933/1986, 16.036/2000, 16.599/2002, 17.433/2005, 18.532/2008, 19.967/2015.

²⁸ VwGH 26.5.1961, 2406/59; 30.5.1989, 85/07/0289; VwSlg 6736 A/1965.

²⁹ Zusammenfassend B. Raschauer, Verwaltungsrecht, Rz 1395.

³⁰ Preiss, § 1154 ABGB, in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm³ (Stand 1.1.2018) Rz 52.

³¹ Rummel, § 1431 ABGB, in Rummel (Hrsg), ABGB³ (Stand 1.1.2002) Rz 5.

³² Rummel, § 1437 ABGB, in Rummel (Hrsg), ABGB³ (Stand 1.1.2002) Rz 1.

³³ Rummel, § 1437 ABGB, in Rummel, Rz 11.

hältnisses zwischen Leistendem und Empfänger – die Funktion hatte, dem Lebensunterhalt des Empfängers zu dienen.³⁴ Auch im öffentlichen Dienstrecht lässt die Rechtsprechung den Einwand gutgläubigen Verbrauchs zu.³⁵

- 41 Nach ständiger Rechtsprechung des OGH³⁶ wird der gute Glaube nicht nur durch auffallende Sorglosigkeit des Empfängers ausgeschlossen, sondern schon dann verneint, wenn er zwar nicht nach seinem subjektiven Wissen, aber bei objektiver Beurteilung an der Rechtmäßigkeit des ihm ausgezahlten Betrags auch nur zweifeln musste.³⁷ Da die Redlichkeit gemäß § 328 ABGB vermutet wird, hat der rückfordernde Arbeitgeber die Unredlichkeit des Arbeitnehmers zu beweisen.³⁸ Der Arbeitnehmer darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass ihm alle vom Arbeitgeber zukommenden Leistungen auch wirklich endgültig zustehen.³⁹ Es müssen daher besondere Umstände vorliegen, aus denen für den Arbeitnehmer erkennbar wird, dass keine ordnungsgemäße Zahlung vorliegt, er also damit rechnen muss, die Überzahlung an den entreicherten Arbeitgeber zurückzahlen zu müssen.
- 42 In 9 ObA 46/14a nahm der OGH an, dass bei einer Bezahlung des doppelten Bruttomonatslohns über einen Zeitraum von 15 Monaten hinweg ein Rückzahlungstatbestand gegeben sei. Eine solche außergewöhnliche, sonst nicht erklärable Höhe der Lohnzahlung, also eine erhebliche Überzahlung, könne einen Umstand bilden, der objektiv den guten Glauben des Arbeitnehmers erschüttern könne.⁴⁰
- 43 Auch der VfGH hat schon früh die Möglichkeit eines gutgläubigen Verbrauchs von zu viel bezahlten Bezügen anerkannt. Aus Anlass der Rückforderung eines Übergenusses an Pensionsleistungen eines Heeresbediensteten hielt er fest, dass die Ruhegenüsse in gutem Glauben empfangen und verbraucht worden seien. Die Rückforderung sei daher, wie VfGH und VwGH zuvor bereits ausgesprochen hatten, nach §§ 329 und 1437 ABGB unzulässig.⁴¹
- 44 *Bernhard Raschauer* weist zudem darauf hin, dass sich auch aus der Vertrauensschutzjudikatur des VfGH zu Art 7 B-VG eine Beschränkung von Rückforderungsansprüchen aus Gründen des Gutgläubenserwerbs und der Unbilligkeit ergäbe. Selbst bei Fehlen gesetzlicher Rückzahlungsbeschränkungen sei demnach im Rahmen der Möglichkeiten einer verfassungskonformen Interpretation nach Billigkeitsgrundsätzen von einer Rückforderung abzusehen.⁴²

³⁴ *Krejci*, § 1154 ABGB, in Rummel (Hrsg), ABGB³ (Stand 1.1.2000) Rz 76.

³⁵ *Rummel*, § 1437 ABGB, in Rummel, Rz 12.

³⁶ Siehe vgl zum Folgenden OGH 27.4.2016, 8 ObA9/16f.

³⁷ RIS-Justiz RS0010271; RS0033826.

³⁸ RIS-Justiz RS0010182.

³⁹ OGH 26.2.2014, 9 ObA 168/13s.

⁴⁰ RIS-Justiz RS0010271.

⁴¹ VfSlg 1215/1929.

⁴² *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht, Rz 1395 unter Verweis auf VfSlg 13.896/1994.

C. Anwendung auf die vorliegenden Fälle

- 45 Nach dem Gesagten ist eine Rückforderung von rechtsgrundlos geleisteten Bezügen nach dem Bundesbezügegesetz immer dann ausgeschlossen, wenn diese vom Empfänger gutgläubig verbraucht wurden. In den vorliegenden Fällen wurden in einem bestimmten Zeitraum nach der Angelobung fälschlich 180 % statt 160 % des Grundbetrags angewiesen. Ein erkennbarer Rückzahlungstatbestand liegt dabei nicht vor, weil von Seiten des Leistenden und des Empfängers davon ausgegangen wurde, dass ein Anspruch auf Bezüge tatsächlich in dieser Höhe besteht. Dies entsprach auch dem langjährigen Gesetzesvollzug. Eine außergewöhnliche, in der Höhe nicht erklärbare Anweisung von Bezügen liegt somit nicht vor. Auch eine Unterlassung der Nachforschungspflicht, aus der eine Sorgfaltswidrigkeit abgeleitet werden könnte, ist den betroffenen Leistungsempfängern nicht anzulasten. Denn es sind keine besonderen Umstände ersichtlich, aus denen für sie erkennbar geworden wäre, dass keine ordnungsgemäße Berechnung der Bezüge vorliegen würde.
- 46 Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Anweisung der höheren Bezüge von den betroffenen Funktionsträgern weder veranlasst noch sonst beeinflusst wurde. Vielmehr ist die Überbezahlung allein in der Sphäre des Bunds gelegen.
- 47 Vorausgesetzt, dass tatsächlich ein Verbrauch stattgefunden hat, **liegen** daher im Ergebnis – und zwar sowohl für bereits aus dem Amt geschiedene Funktionsträger als auch für solche, die sich aktuell noch im Amt befinden – **die Voraussetzungen für die Rückforderung der zu viel bezahlten Bezüge an die betroffenen Funktionsträger wegen gutgläubigen Empfangs und Verbrauchs nicht vor**.
- 48 Aus prozessualer Sicht bedeutet das, dass es in den betroffenen Fällen im Zeitraum zwischen Angelobung und tatsächlicher Betrauung gemäß Art 78 Abs 3 B-VG zu einer rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung gekommen ist. Sofern der Bund sich dazu entschließt, diese Überbezahlung – zunächst in Form einer außergerichtlichen Zahlungsaufforderung⁴³ und in der Folge allenfalls in einem rechtsförmigen Verfahren – zurückzufordern, wird er nach vorliegendem Kenntnisstand mit seinem Anspruch dann nicht durchdringen, wenn dagegen der gutgläubige Erwerb und Verbrauch eingewendet wird.

D. Rechtsweg

- 49 In welcher Form ein Anspruch auf Rückzahlung von zu viel bezahlten Bezügen nach dem Bundesbezügegesetz **verfahrensrechtlich durchgesetzt** werden kann, ist weitgehend ungeklärt.⁴⁴ Nach *Kerschner*

⁴³ Nur ergänzend sei an dieser Stelle festgestellt, dass die Erfüllung einer solchen Zahlungsaufforderung durch die betroffenen Funktionsträger nicht etwa gegen das Verzichtsverbot in § 16 BBezG verstoße würde. Die Vorschrift will ua verhindern, dass die Popularität eines Kandidaten durch einen Verzicht auf Bezüge erhöht wird (dazu *Pitamic*, Das Recht der Abgeordneten auf Diäten [1913] 50 f; zur Verfassungskonformität derartiger Regelungen VfSlg 8748/1980). Nach dem insofern eindeutigen Wortlaut gilt das Verbot nur für „Geldleistungen nach diesem Bundesgesetz“ und meint damit die rechtmäßig zustehenden Bezüge. Für eine Überbezahlung gilt das Verzichtsverbot nicht, weil diese nicht nach dem Bundesbezügegesetz zusteht.

⁴⁴ Siehe dazu *Hofstätter*, Die Kausalgerichtsbarkeit des Verfassungsgerichtshofs (2020) 402 ff.

sind öffentlich-rechtliche Bereicherungsansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.⁴⁵ Er stützt sich dabei auf die Einsicht, dass das Rückforderungsverhältnis originär zivilrechtlich und losgelöst vom öffentlich-rechtlichen Grundverhältnis zu betrachten sei. *Raschauer* geht demgegenüber davon aus, dass in Konstellationen wie der vorliegenden eine „Vollziehungsverfügung“ zu erlassen sei. Dabei handle es sich um einen Akt, der einer betroffenen Partei gegenüber die ihr schon nach dem Gesetz obliegende Verpflichtung „gleichsam in Erinnerung bringt und sie bei sonstigem Zwang zur Befolgung anhält“.⁴⁶ Zwar bleibt *Raschauer* in diesem Punkt vage, aber es geht ihm wohl darum, dass durch die Erlassung einer derartigen Vollziehungsverfügung ein individueller und außenwirksamer Verwaltungsakt gesetzt wird, der im Verfahren nach Art 130 Abs 1 B-VG bekämpft werden kann. Dieser Rechtsweg scheint sich im Ergebnis besser in das österreichische Rechtssystem einzufügen als eine generelle Zuweisung derartiger Bereicherungsansprüche an die ordentlichen Gerichte.



Salzburg, März 2023

Sebastian Schmid

⁴⁵ *Kerschner*, Bereicherung, 64 ff; vgl auch *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten (1980) 85 f, 100.

⁴⁶ *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht, Rz 1402.