

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/9/13 2003/12/0163

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.09.2006

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
65/01 Allgemeines Pensionsrecht;

## Norm

B-VG Art140;  
B-VG Art7 Abs1;  
PG 1965 §41 Abs1;  
PG 1965 §58 Abs35 Z1a idF 2001/I/086;  
PG 1965 §62j Abs2 idF 2000/I/095;  
PG 1965 §62j Abs2 idF 2001/I/086;  
PG 1965 §9 Abs1 idF 1985/426;

VwRallg;

## 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 des Schriftführers Mag. Lamprecht, über die Beschwerde des W in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Telekom Austria Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 28. Juli 2003, Zl. 114697-XT/02, betreffend Zurechnung von Jahren gemäß § 9 Abs. 1 des Pensionsgesetzes 1965, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

## Begründung

Der 1941 geborene Beschwerdeführer steht als Oberoffizial in Ruhe seit 1. März 1997 in einem öffentlich-rechtlichen Ruhestandsverhältnis zum Bund; er war zuletzt auf einem Arbeitsplatz des fachlich technischen Hilfsdienstes beim Fernsprechbetriebsamt W. (Verwendungsgruppe PT 8) eingesetzt.

I m Ruhestandsversetzungsverfahren hatte der Beschwerdeführer vor Abschluss des ärztlichen Begutachtungsverfahrens seine Zustimmung erklärt, im Fall seiner dauernden Dienstunfähigkeit mit seiner Versetzung in den Ruhestand zum nächstmöglichen Zeitpunkt einverstanden zu sein.

In seiner (abschließenden) Stellungnahme vom 16. Dezember 1996 erstellte der Chefarzt der Pensionsversicherungsanstalt für Angestellte (PVAng) folgende Diagnose:

"Wiederkehrende Beschwerden im Bereich der gesamten Wirbelsäule mit berichteten Ausstrahlungsschmerzen bei nur geringer funktioneller Beeinträchtigung und ohne Wurzelreizsymptomatik, mehrfach operierter Unterschenkelbruch rechts vor Jahren, folgenlos abgeheilt, beginnende Strangbildung über dem 3. und 4. Strahl beider Hohlhände sowie beginnender Aufbrauch der Fingerendgelenke ohne Beeinträchtigung der Fingerfertigkeit und Handkraft bei sonst im Wesentlichen altersentsprechend aufgebrauchtem Stütz- und Bewegungsapparat.

Leichte Beinkrampfadern bds. Ohne Stauungs- oder Entzündungszeichen. Neigung zu erhöhter Harnsäure bei Übergewicht, behandelbar und dzt. kein Hinweis auf Gichtschub, sonst im Wesentlichen altersentsprechender Internbefund."

Die körperliche Beanspruchung wurde nach dem "Leistungskalkül" für folgende Tätigkeit als zumutbar angesehen:

mittelschwere körperliche Beanspruchung bei überwiegend im Sitzen, Stehen und Gehen bestehender Arbeitshaltung mit fallweiser mittelschwerer Hebe- und Trageleistung (Anheben bis maximal 25 kg; Tragen von Gegenständen mit einem Maximalgewicht von 15 kg). Bejaht wurden teilweises Überkopfarbeiten in gebeugter Haltung oder sonstiger Zwangshaltung sowie Arbeiten in geschlossenen Räumen oder im Freien. Ausgeschlossen wurden hingegen Arbeiten unter starker Lärmentwicklung und an höher exponierten Stellen. Das geistige Leistungsvermögen wurde für verantwortungsvolle und sehr verantwortungsvolle Tätigkeiten bejaht.

Dieser Stellungnahme lagen zwei Gutachten von Fachärzten der PVAng (aus den Fachgebieten Orthopädie und Interne Medizin) sowie weitere vom Beschwerdeführer beigebrachte Befunde und Gutachten von Ärzten (darunter auch von Dr. H. und Doz. Dr. E.) zu Grunde.

Nach einem in den Akten aufliegenden vom Beschwerdeführer unterschriebenen Vordruck wurden ihm die Gutachten der PVAng am 19. Jänner 1997 zur Kenntnis gebracht. Er kreuzte auf diesem Vordruck die Spalte "Es ist mir kein Arbeitsplatz bekannt, auf dem ich auf Grund meines Gesundheitszustandes noch einsetzbar wäre" an.

Seine Ruhestandsversetzung erfolgte hierauf mit Bescheid der belangten Behörde vom 6. Februar 1997. Nach der Begründung könne der Beschwerdeführer den Ergebnissen der chefärztlichen Beurteilung durch die PVAng folgend auf Grund seiner gesundheitlichen Verfassung seine dienstlichen Aufgaben (fachlich technischer Hilfsdienst beim Fernsprechtbetriebsamt W.) nicht mehr erfüllen. Ein dem Leistungskalkül entsprechender gleichwertiger Arbeitsplatz könne ihm nicht zugewiesen werden. Die ärztlichen Ausführungen seien schlüssig. Der Beschwerdeführer habe sich mit seiner Erklärung vom 13. November 1996 ausdrücklich mit einer Ruhestandsversetzung zum nächstmöglichen Zeitpunkt einverstanden erklärt.

In der Folge führte die belangte Behörde das Zurechnungsverfahren nach § 9 Abs. 1 des Pensionsgesetzes 1965 (PG 1965), das mit dem angefochtenen Bescheid abgeschlossen wurde.

Nachdem die belangte Behörde unter Zugrundelegung der Gutachten der PVAng dem Beschwerdeführer im März 1997 mitgeteilt hatte, dass eine Zurechnung von Jahren nach § 9 Abs. 1 PG 1965 nicht in Betracht komme, führte dieser in seiner Stellungnahme vom 7. April 1997 (soweit dies noch von Bedeutung ist) im Wesentlichen aus, es lägen Befunde von Fachärzten (der Orthopädie) vor, nach denen er keine Lasten von über 10 kg mehr heben und auch nicht in vorgebeugter Haltung arbeiten dürfe (Hinweis auf den Befund von Univ. Doz. Dr. E vom 22. August 1995 sowie die Befunde von Dr. H. vom 30. Mai 1984 und vom 6. Oktober 1992). Da er seine Abnützungserscheinungen und sonstigen Leiden nicht vorsätzlich selbst verschuldet, sondern sich diese in Ausübung der dienstlichen Tätigkeiten zugezogen habe, ersuche er um Zurechnung ruhegenussfähiger Bundesdienstzeiten, damit er "nicht nach einem langen schweren Arbeitsleben am Existenzlimit dahin darben muss". Er danke für die Rücksichtnahme auf andere Befunde und sehe einer bescheidmäßigen Erledigung entgegen.

Unter Berücksichtigung der Diagnose des Chefarztes der PVAng sowie aller ihr zu Grunde liegenden Gutachten und Befunde kam der Amt sachverständige der belangten Behörde Dr. G. in seiner Stellungnahme vom 9. Dezember 1997 im Wesentlichen zum selben Leistungskalkül wie der Chefarzt der PVAng.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 1997 teilte die belangte Behörde dem Beschwerdeführer im Wesentlichen die bisherigen Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens unter Anführung aller von ihr eingeholten bzw. bei ihr eingelangten ärztlichen Gutachten und Stellungnahmen (darunter auch den vom Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme angeführten Befunden) mit. Nach dem auf dem Gutachten des Amt sachverständigen Dr. G. beruhenden Leistungskalkül sei dem Beschwerdeführer die Ausübung von Verweisungsberufen wie Kanzlei- und Schreiberarbeiten

oder Archivdiensten möglich; daher seien aus medizinischer Sicht die Voraussetzungen für eine Zurechnung von Jahren nach dem PG 1965 nicht gegeben. Ablichtungen aller erwähnten Gutachten seien zur Information des Beschwerdeführers angeschlossen.

In der Folge holte die belangte Behörde ein berufskundliches Gutachten ein, wobei sie der Gutachterin 8 Fragen stellte, darunter auch die Frage, ob eine Vollbeschäftigung für möglich gehalten werde. Ausgehend vom ärztlichen Leistungskalkül der Gutachter der PVAng (insbesondere der Stellungnahme des Chefarztes) bejahte die Gutachterin Dipl. Psych. Sch. in ihrem (umfangreichen) Gutachten vom 8. August 1998 unter Hinweis auf die intellektuelle Leistungsfähigkeit und die medizinische Befundlage die Zumutbarkeit einer Vollbeschäftigung, "ohne dass mit einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw. mit vermehrten Krankenständen gerechnet werden muss". Sie führte auch eine Reihe von nach ihrer sozialen Wertung zumutbaren Verweisungsberufen an (wie Kartei- und Schreibearbeiten, Telefondienst sowie Anmeldungs- und Beratungsdienste in Vollbeschäftigung), wobei überdurchschnittlicher und dauernder besonderer Zeitdruck zu vermeiden sei. Derartige Arbeitsplätze würden auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt z.B. in Verwaltungen der öffentlichen Hand, in Banken und der Versicherungswirtschaft, aber auch in größeren Betrieben in Gewerbe und Industrie angeboten. Für diese Verweisungstätigkeiten sei keine Umschulung, sondern je nach Tätigkeitsfeld lediglich eine kurze Unterweisung bzw. Einschulung erforderlich. Die objektiven Voraussetzungen für eine Unterweisung bzw. Einschulung seien gegeben. In der allgemeinen Einschätzung würden die für möglich erachteten Verweisungsberufe eine dem zuletzt ausgeübten Tätigkeitsbild noch annähernd gleichwertige Geltung genießen.

In seiner in Wahrung des Parteienghörtens zu diesem Gutachten erstatteten Stellungnahme vom 22. September 1998 wies der Beschwerdeführer vor allem darauf hin, dass ihm nach dem Ruhestandsversetzungsbescheid kein gleichwertiger Ersatzarbeitsplatz hätte zugewiesen werden können und er daher von Amts wegen nicht mehr zum Dienst zugelassen worden sei. Sollte sich nunmehr ein geeigneter Arbeitsplatz finden, wäre er gerne bereit, mit sofortiger Wirksamkeit wieder den Aktivdienst anzutreten und - so gut es gehe - einige Jahre Dienst zu leisten, damit er dann mit einer "anständigen Pension" in den Ruhestand treten könne.

In der Angelegenheit seines Antrages auf Zurechnung von Jahren gemäß § 9 Abs. 1 PG 1965 befindet sich der Beschwerdeführer mittlerweile im zweiten Rechtsgang vor dem Verwaltungsgerichtshof. Im ersten Rechtsgang wies die belangte Behörde das Ansuchen mit Bescheid vom 7. Oktober 1998 ab. Nach Wiedergabe der Rechtslage (insbesondere der Unterscheidung zwischen Dienstunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit) und einer zusammenfassenden Darstellung des Ganges des Ermittlungsverfahrens (insbesondere des Leistungskalküls durch den medizinischen Amtssachverständigen Dr. G. sowie des berufskundlichen Gutachtens Dipl. Psych. Sch.) führte sie in der Begründung aus, die Gutachten, die die Grundlage für die rechtskräftige Versetzung des Beschwerdeführers in den Ruhestand gebildet hätten, seien schlüssig. Der Beschwerdeführer sei demnach ohne eine Verschlechterung seines Gesundheitszustandes nicht mehr in der Lage gewesen, seine dienstlichen Aufgaben (fachlich technischer Hilfsdienst beim Fernsprechtbetriebsamt W.) zu erfüllen. Eine aktenmäßig festgehaltene Überprüfung habe ergeben, dass im Bereich der Dienstbehörde kein dem Gesundheitszustand entsprechender gleichwertiger, freier Arbeitsplatz, der ihm hätte zugewiesen werden bzw. dessen Aufgaben er hätte erfüllen können, vorhanden gewesen sei (Unterstreichungen im Original). Seine Einwendungen (ärztliche Bescheinigungen habe er nicht beigebracht) seien nicht geeignet, das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens in Frage zu stellen oder zu entkräften. Nach dem dargelegten Beweisergebnis liege beim Beschwerdeführer kein Leidenszustand vor, der - über die Dienstunfähigkeit hinausgehend - auch die Unfähigkeit bewirke, einem zumutbaren Erwerb nachzugehen. Zusammenfassend sei auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens festzustellen, dass der Beschwerdeführer unter Berücksichtigung der vorliegenden schlüssigen ärztlichen Aussagen und des überzeugenden berufskundlichen Gutachtens in der Lage sei, regelmäßige ihm zumutbare Erwerbstätigkeiten auszuüben. Die Voraussetzung für eine Zurechnung von Jahren sei somit nicht erfüllt.

Diesen Bescheid hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 30. Jänner 2002, Zl. 98/12/0473, dem die weiteren Einzelheiten des Verfahrens entnommen werden können, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Die für den zweiten Rechtsgang noch wesentliche Begründung lautet auszugsweise:

"Es trifft zu, dass der angefochtene Bescheid in seiner Begründung keine eigene Darstellung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers in dem auch für das Verfahren nach § 9 Abs. 1 PG 1965 (im Folgenden auch Zurechnungsverfahren genannt) maßgebenden Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung enthält.

Dennoch liegt darin bei der im Beschwerdefall gegebenen Fallkonstellation keine zur Aufhebung führende Verletzung des Verfahrensrechts. In der Begründung beruft sich nämlich die belangte Behörde - soweit dies den hier interessierenden medizinischen Aspekt betrifft - sowohl auf die Gutachten, die dem das Ruhestandsversetzungsverfahren abschließenden Bescheid der belangten Behörde vom 7. Februar 1997 zugrunde gelegt wurden (dazu gehört insbesondere die abschließende Stellungnahme des Chefarztes der PVAng vom 16. Dezember 1996), als auch auf die im (pensionsrechtlichen) Zurechnungsverfahren eingeholte Stellungnahme des Amtsachverständigen Dr. G. vom 7. Dezember 1997. Dr. G. ging aber in seiner Stellungnahme ausdrücklich von der Diagnose des Chefarztes (und weiteren Unterlagen) aus und gelangte in seinem (auch im angefochtenen Bescheid wiedergegebenen) 'Leistungskalkül' zum gleichen Ergebnis wie der Chefarzt, das dieser offenkundig aus seiner Diagnose (Beschreibung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers) abgeleitet hat. Der Beschwerdeführer ist der (sich auch mit der Aktenlage deckenden) Feststellung der belangten Behörde nicht entgegengetreten, dass ihm sowohl die Stellungnahme des Amtsachverständigen Dr. G. als auch alle anderen vorliegenden Aussagen aus ärztlicher Sicht mit Schreiben vom 16. Dezember 1997 im Verwaltungsverfahren zur Kenntnis gebracht wurden. Vor diesem Hintergrund ist dem Beschwerdeführer aber hinreichend erkennbar, auf Grund welcher Diagnose über seinen Gesundheitszustand die belangte Behörde ihre Feststellungen zu seiner 'Restarbeitsfähigkeit' (Leistungskalkül) ableitete. Dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid von einer anderen Grundlage als derjenigen, die dem Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren zur Kenntnis gebracht wurde, ausgegangen sei, hat er nicht behauptet; dies geht auch aus dem angefochtenen Bescheid nicht hervor. Abgesehen davon, dass er trotz gebotener Gelegenheit im Verwaltungsverfahren die mangelnde Schlüssigkeit der Ableitung der seine Restarbeitsfähigkeit betreffenden Feststellungen nicht gerügt hat, ist eine solche Unschlüssigkeit, die im Rahmen der dem Verwaltungsgerichtshof zustehenden eingeschränkten Kontrolle wahrzunehmen wäre, nicht gegeben.

Was das in der Beschwerde bestrittene Ausmaß der Hebeleistung (fallweises mittelschweres d.h. bis 15 kg zulässiges Heben oder Heben von Lasten bis maximal 10 kg) betrifft, hat der Beschwerdeführer seinen diesbezüglichen Einwand im Verwaltungsverfahren in seiner Stellungnahme vom 9. April 1997 auf von ihm vorgelegte (zum Teil schon lang zurückliegende) Befunde gestützt, die vor den von den Ärzten der PVAng im Ruhestandsversetzungsverfahren durchgeführten Untersuchungen erstellt wurden und bei deren Beurteilung (der abweichenden Einschätzung) berücksichtigt wurden. Er ist aber in der Folge weder der Stellungnahme des Amtsachverständigen vom 9. Dezember 1997, der in dieser Frage zum selben Ergebnis wie der Chefarzt der PVAng kam, noch den ihm im Zurechnungsverfahren übermittelten sonstigen ärztlichen Gutachten und Stellungnahmen (aus dem Ruhestandsversetzungsverfahren) auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten. Aus diesen ergibt sich aber sowohl die zeitliche Abfolge der verschiedenen Untersuchungsergebnisse als auch der Umstand, dass die (früheren) (privat)ärztlichen Stellungnahmen, auf die er sich beruft, den (späteren) (amts)ärztlichen Gutachten und Stellungnahmen, auf die sich die belangte Behörde stützt, zugrunde gelegt wurden, ergeben.

...

Der Beschwerdeführer bringt ferner unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, es liege folgende Unstimmigkeit vor:

während des Dienststandes sei er in verschiedenen Tätigkeiten eingesetzt gewesen, bei denen sich jeweils später herausgestellt habe, dass er sie gesundheitlich nicht verkraftet habe (was dann wieder zu Verwendungsänderungen geführt habe). Vor allem sei zu prüfen, ob dies auch bei seiner letzten dienstlichen Verwendung der Fall gewesen sei. Treffe dies zu, liege darin ein nachhaltiges Indiz dafür, dass auch bei Verwendungen, die im berufskundlichen Gutachten als möglich bezeichnet worden seien, mit 'Krankenständen' in einem solchen Ausmaß zu rechnen sei, dass dies eine Erwerbstätigkeit ausschließe. Im berufskundlichen Gutachten heiße es dazu lediglich, dass - angeblich - bei den Verweisungstätigkeiten nicht mit 'vermehrten' Krankenständen gerechnet werden müsse. 'Vermehrt' sei ein relativer Begriff. Er sei nur dann aussagekräftig, wenn der Ausgangsmaßstab bekannt sei. Knüpfe man an seine 'Krankenstände' an, die der Beschwerdeführer während seines Aktivstandes zuletzt aufgewiesen habe (was nahe liegend sei), bedürfe es keiner 'Vermehrung', weil das damalige Maß mit jeder Erwerbstätigkeit unvereinbar sei.

Bei einem ordnungsgemäß durchgeführten Verfahren samt entsprechenden Feststellungen hätte der Entscheidung zugrundegelegt werden müssen, dass der Beschwerdeführer nicht imstande sei, irgend eine Erwerbstätigkeit so kontinuierlich auszuüben, wie dies für ein Bestehen auf dem Arbeitsmarkt unerlässlich sei. Dies deshalb, weil stets schon nach relativ kurzer Arbeitsausführung Beeinträchtigungen und Schmerzen aufträten, die zu einer

Unterbrechung (Krankenstand) nötigten.

Mit diesem Vorbringen ist der Beschwerdeführer im Ergebnis im Recht.

Nach ständiger Rechtsprechung kommt es bei der Erwerbsfähigkeit im Sinn des § 9 Abs. 1 PG 1965 darauf an, ob die gesundheitlichen Voraussetzungen für die Fähigkeit des Einsatzes für bestimmte Tätigkeiten gegeben sind. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, ob die Einsatzfähigkeit im Hinblick auf die üblichen Erfordernisse der Arbeitswelt (z.B. Einhaltung der Arbeitszeit, Fähigkeit zur Selbstorganisation) gegeben ist. Erwerbsfähigkeit setzt jedenfalls eine im Arbeitsleben grundsätzlich notwendige gesundheitliche durchgehende Einsatzfähigkeit voraus (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 24. September 1997, Zl. 96/12/0353, mwN). In diesem Zusammenhang ist eine medizinisch hinreichende Abklärung der für die Erwerbstätigkeit ebenfalls wesentlichen Frage der auf Grund der bestehenden Leiden zu erwartenden 'Krankenstände' bzw. der auf Grund der bestehenden Leiden in Verbindung mit einer Erwerbstätigkeit gegebenen objektiven Schmerzzustände erforderlich (vgl. dazu z.B. das hg. Erkenntnis vom 4. Juli 2000, Zl. 96/12/0081).

Diese Frage wurde im Beschwerdefall lediglich im berufskundlichen Gutachten Dipl. Psych. Sch. behandelt und für die Verweisungsberufe insofern verneint, als nach Auffassung der Gutachterin nicht mit einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw. mit vermehrten Krankenständen des Beschwerdeführers zu rechnen sei. Da es sich aber dabei primär um eine medizinische Frage handelt, wäre es erforderlich gewesen, diese Aussage von einem medizinischen Sachverständigen beurteilen zu lassen; darüber hinaus bleibt mangels einer Feststellung der vor der Ruhestandsversetzung gegebenen 'Krankenstände' (deren sachliche Rechtfertigung vorausgesetzt) unklar, was unter 'vermehrten' Krankenständen zu verstehen ist, worauf der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde zutreffend hingewiesen hat."

Im zweiten Rechtsgang holte die belangte Behörde ein chirurgisch-orthopädisches Gutachten des Facharztes für Unfallchirurgie Dr. A ein. Dieser nahm Einsicht in die bereits vorliegenden medizinischen Unterlagen und in das vorgenannte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes. Nach eigener Untersuchung des Beschwerdeführers am 10. Oktober 2002 erstattete er am 20. März 2003 folgende

"GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME Dienstunfähigkeit/Erwerbsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung

Die Analyse der medizinischen Unterlagen lässt folgende Fakten erkennen:

Beschwerden seitens der Lendenwirbelsäule in Form von Lumboischialgien werden bereits für das Jahr 1982 berichtet. Seit 1984 bis 1996 ist den Röntgenbefunden bezüglich der gesamten Wirbelsäule eine deutliche Progredienz der degenerativen Veränderungen zu entnehmen. Ärztliche Atteste - schon ab 1984 - bescheinigen aufgrund des Wirbelsäulenleidens, dass das Heben schwerer Lasten zu vermeiden sei, ein Limit von 10 kg Trageleistung wird empfohlen.

Nach Angaben des Untersuchten habe er besonders während der letzten Jahre bei seiner Tätigkeit im technischen Hilfsdienst immer wieder auch schwere Gegenstände zu heben und tragen gehabt, die daraus resultierende Überbelastung schlug sich dann in vermehrten Wirbelsäulenbeschwerden nieder - Krankenstände waren die Folge. Er schildert auch mangelndes Verständnis des unmittelbaren Vorgesetzten für seine schonungsbedürftige Wirbelsäule.

Im September 1996 wurden in Röntgenaufnahmen der unteren Halswirbelsäule Fehllhaltung und ausgeprägte degenerative Bandscheibenschäden festgestellt, eine Verschlechterung zum Befund 1995 war eingetreten. Auch an der Brust- und Lendenwirbelsäule zeigten sich Spondylosen und Spondylarthrosen, als morphologische Grundlage für die Beschwerden (rezidivierende Cervico-dorso-lumbalgien).

Während eines ab Nov. 96 laufenden Krankenstandes wurde der Beschwerdeführer im Dez. 1996 internistisch und orthopädisch seitens der PVAng begutachtet.

Die interne Untersuchung ergab einen altersentsprechenden Befund, abgesehen von leichten Beinkrampfadern bds., Neigung zu erhöhter Harnsäure mit Übergewicht.

Die orthopädische Untersuchung ergab eine gewisse Diskrepanz zwischen angegebenen Beschwerden und erzielbarer Funktion im Bereich der Wirbelsäule. Eine Erklärung dafür liegt darin, dass zwar eine relativ gute Beweglichkeit, insgesamt aber eine deutliche reduzierte Belastbarkeit der Wirbelsäule vorliegt und sich eben bei vermehrter Beanspruchung an allen Abschnitten Beschwerden zeigen.

Die Hauptpunkte der erhobenen orthopädischen Diagnosen waren:

-

Wiederkehrende Beschwerden im Bereich der gesamten Wirbelsäule mit berichteten Ausstrahlungsschmerzen bei nur geringer funktioneller Beeinträchtigung und ohne Wurzelreizsymptomatik.

-

Mehrfach operierter Unterschenkelbruch rechts vor Jahren, folgenlos abgeheilt.

-

Beginnende Strangbildung über dem 3. und 4. Strahl beider Hohlhände sowie beginnender Aufbrauch der Fingerendgelenke ohne Beeinträchtigung der Fingerfertigkeit und der Handkraft bei sonst altersentsprechend aufgebrauchtem Stütz- und Bewegungsapparat.

Auch die eigene im Rahmen dieses Gutachtens durchgeführte klinische Untersuchung ergab ein im Wesentlichen identes Zustandsbild, abgesehen von einer zwischenzeitlich erfolgten Laparatomie zur Entfernung der Milz und einer - behandelbaren - schmerzhaft herabgesetzten Beweglichkeit des rechten Armes aufgrund einer Periarthropathie mit entzündlich bedingter Schleimbeutelverkalkung im Bereich der Schulterweichteile.

Das vom Chefarzt der PVAng aus den Untersuchungsergebnissen abgeleitete Leistungskalkül zum Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung ist im Wesentlichen nachvollziehbar und trägt den Beeinträchtigungen in adäquater Weise Rechnung.

Im Punkt Hebe- und Trageleistung wird überwiegend leichte Arbeit zugemutet, d.h. eine Hebeleistung von 10 kg, und eine Trageleistung von 5 kg maximal.

Fallweise wird mittelschwere Hebe- und Trageleistung zugemutet, d.h. nach üblicher Spruchpraxis maximal drittelzeitig über einen Arbeitstag von 8 Stunden verteilt. Die entsprechende Belastung sind Anheben von Gegenständen mit einem Maximalgewicht von 25 kg und Tragen von Gegenständen mit Maximalgewicht von 15 kg. Diese Belastungsspitzen werden zugemutet, da kein manifester Bandscheibenprolaps dokumentiert ist.

Bezüglich Arbeiten über Kopf, in gebeugter Haltung oder sonstiger Zwangshaltung wurden im Kalkül auch richtigerweise Einschränkungen getroffen, indem diese Haltungen nur teilweise zugemutet werden.

Das erstellte Kalkül entspricht den gutachterlichen Usancen in ähnlich gelagerten Fällen und beschreibt treffend die zum Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung vorhandene Restarbeitsfähigkeit des Beamten.

Nachdem es sich um ein sich chronisch verschlechterndes Leiden handelt, ist davon auszugehen, dass das vom Chefarzt der PVAng erstellte Kalkül auch schon vor der Untersuchung in der erstellten Form Gültigkeit hatte.

Welche Möglichkeiten der Berufsausübung dem Beschwerdeführer mit Rücksicht auf Ausbildung und unter Beachtung der sozialen Komponente mit diesem Leistungskalkül theoretisch offen standen, wird im berufskundlichen Gutachten der SV f. Berufskunde

u. Arbeitspsychologie Dipl. Psych. Sch. vom 08.08.98 dargelegt. Krankenstände

Die Schilderung der Tätigkeit während der letzten Jahre vor der Ruhestandsversetzung lässt den Schluss zu, dass diese Tätigkeit zumindest phasenweise immer wieder kalkülsüberschreitend war. Damit sind auch behandlungsbedürftige Beschwerden und Krankenstände erklärlich und hatte sich letztlich die für den konkreten Arbeitsbereich geltende Dienstunfähigkeit herausgestellt.

Bei einer Tätigkeit unter Einhaltung des von der PVAng erstellten Kalküls und somit unter Wegfall von unzumutbaren Belastungen wäre eine Reduzierung des Krankenstandsaufkommens zu erwarten (gewesen). In diesem Zusammenhang ist zudem festzuhalten, dass zur Hintanhaltung von Verschlimmerungen notwendige physikalische oder sonstige Behandlungen grundsätzlich bei entsprechender Organisation auch außerhalb von Dienstzeiten ambulant absolviert werden können und es dazu nicht immer zwingend eines Krankenstandes bedarf.

Unter diesem Aspekt ist wohl auch die Aussage der SV Dipl. Psych. Sch. in ihrem Gutachten zu interpretieren, es wäre bei Kalküleinhaltung nicht mit 'vermehrten' Krankenständen zu rechnen.

Schlussfolgerung

-

Die Frage, ob der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung aus medizinischer Sicht erwerbsunfähig war, ist eindeutig zu verneinen.

-

Das Ausmaß der Erwerbsunfähigkeit zum damaligen Zeitpunkt ergibt sich aus dem Leistungskalkül, das im Dezember 1996 vom Chefarzt der PVAng erstellt wurde und nach eingehender Prüfung als sachlich richtig zu beurteilen ist.

-

Die Tätigkeiten, die der Beschwerdeführer noch hätte verrichten können, werden im vorliegenden berufskundlichen Gutachten der SV Dipl. Psych. Sch. angeführt und sind die dort vorgeschlagenen Verwendungen mit dem damals erhobenen Gesundheitszustand des Beamten vereinbar."

(Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Hervorhebungen im Original)

Hiezu erstattete der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer - nach Einräumung des rechtlichen Gehörs - am 9. Mai 2003 eine Äußerung. Er trat den Ausführungen des Sachverständigen Dr. A. nicht entgegen, vertrat jedoch die Ansicht, dass auf seinen Fall die durch das Pensionsreformgesetz 2000 eingeführte Neufassung des § 9 PG 1965 anzuwenden sei. Der Verfassungsgerichtshof habe mit Erkenntnis vom 16. März 2001, G 150/00 (VfSlg. 16 151), zwar die Übergangsbestimmung (§ 62j PG 1965 idF des Pensionsreformgesetzes 2000, BGBl. I Nr. 95), nicht aber § 9 des PG 1965 idF der genannten Novelle aufgehoben. Demnach sei § 9 PG 1965 in dieser Fassung anzuwenden, umso mehr, als § 41 PG 1965 insbesondere für begünstigende neue Regelungen die Anwendbarkeit "auch auf (sinngemäß) Altpensionisten" vorsehe, woran das Pensionsreformgesetz 2001 nichts geändert habe. § 9 PG 1965 idF des Pensionsreformgesetzes 2000 sowie des Pensionsreformgesetzes 2001 bestünden daher nebeneinander, "wobei die Übergangsregelung des Pensionsreformgesetzes 2001 naturgemäß nicht auf die gemäß Pensionsreformgesetz 2000 gültige Fassung des § 9 PG 1965 anzuwenden sein kann".

Am 2. Juni 2003 ersuchte die belangte Behörde den unfallchirurgischen Sachverständigen Dr. A. um Ergänzung seines Gutachtens im Hinblick auf die beim Beschwerdeführer, bezogen auf den Zeitpunkt der Versetzung in den Ruhestand, jährlich zu erwartenden Krankenstände.

Hiezu erstattete der Sachverständige Dr. A. am 7. Juni 2003

folgende

"Stellungnahme

Für den Fall, dass der Beschwerdeführer die von Frau Dipl. Psych. Sch. als zumutbar erachteten Verweisungsberufe ausgeübt hätte, wären keine kalkülüberschreitenden Belastungen für den Stütz- und Bewegungsapparat entstanden, die von sich aus zu Krankenständen geführt hätten. Als Maximalvariante kann für die Einschätzung der auch bei kalkülgemäßer Belastung zu erwartenden Krankenstandsdauer ein jährlicher Kuraufenthalt von 3- 4 Wochen zur Festigung der Gesundheit herangezogen werden. Auf die zumutbare Möglichkeit, auch nach Dienst im Bedarfsfall ambulante Behandlungen in Anspruch zu nehmen, habe ich im Gutachten bereits hingewiesen. Bei Arbeiten in einem der vorgeschlagenen Verweisungsberufe bzw. bei Einhalten des Leistungskalküls waren leidensbedingt zum Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung beim Beschwerdeführer jährliche Krankenstände von maximal 3-4 Wochen zu veranschlagen (gewesen). Für ein Überschreiten der Krankenstandsdauer von 7 Wochen ergibt sich unter den genannten Bedingungen jedenfalls kein Anhalt."

(Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof, Hervorhebungen im Original)

Nach Einräumung des rechtlichen Gehörs hat der Beschwerdeführer hiezu keine (weitere) Stellungnahme abgegeben.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 28. Juli 2003 wies die belangte Behörde den Antrag des Beschwerdeführers auf Zurechnung von Jahren zu seiner ruhegenussfähigen Bundesdienstzeit gemäß § 9 Abs. 1 PG 1965, BGBl. Nr. 340 idF BGBl. Nr. 16/1994, in Verbindung mit § 62j Abs. 2 PG 1965 idF BGBl. I Nr. 86/2001, ab.

Nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens (unter Hervorhebung der eingeholten Gutachten), der Rechtslage und Darstellung des im ersten Rechtsgang ergangenen hg. Erkenntnisses vom 30. Jänner 2002 führte die belangte Behörde

in ihrer Begründung aus, Erwerbsfähigkeit bedeute nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, in der Lage zu sein, durch eigene Arbeit einen wesentlichen Beitrag zum Lebensunterhalt zu verdienen. Diese Fähigkeit sei abstrakt zu beurteilen. Es komme darauf an, ob die gesundheitlichen Voraussetzungen für eine Einsatzfähigkeit für bestimmte Tätigkeit vorliegen. Hierbei sei auch zu berücksichtigen, ob die Einsatzfähigkeit im Hinblick auf die üblichen Erfordernisse in der Arbeitswelt (z.B. Einhaltung der Arbeitszeit oder Fähigkeit zur Selbstorganisation) gegeben sei. Die Erwerbsfähigkeit setze jedenfalls eine im Arbeitsleben grundsätzlich notwendige gesundheitliche durchgehende Einsatzfähigkeit voraus. Hiefür sei auch die Klärung der zu erwartenden Krankenstände bzw. auf Grund der bestehenden Leiden in Verbindung mit einer Erwerbstätigkeit gegebenen objektiven Schmerzzustände erforderlich.

Die (näher dargestellten) medizinischen Gutachten hätten - bezogen auf den Zeitpunkt der Versetzung des Beschwerdeführers in den Ruhestand (mit Ablauf des 28. Februar 1997) - ergeben, dass überwiegend leichte Hebe- und Trageleistungen (Anheben von Gegenständen mit einem Maximalgewicht von 10 kg und/oder Tragen von Gegenständen mit einem Maximalgewicht von 5 kg) sowie fallweise eine mittelschwere Hebe- und Trageleistung (Anheben von Gegenständen mit einem Maximalgewicht von 25 kg und/oder Tragen von Gegenständen mit einem Maximalgewicht von 15 kg) zumutbar seien. Arbeiten, die überwiegend im Sitzen, Stehen oder Gehen ausgeführt würden, seien möglich. Auch eine sehr verantwortungsvolle Tätigkeit könne zugemutet werden. Über-Kopf-Arbeiten, Tätigkeiten in gebeugter Haltung sowie in sonstiger Zwangshaltung seien nur teilweise möglich. Die Arbeit könne - bei Gewährung der üblichen Arbeitspausen - sowohl im Freien als auch in geschlossenen Räumen verrichtet werden. Ebenso sei eine Tätigkeit an einem bildschirmunterstützten Arbeitsplatz möglich.

Die in Betracht kommenden, im berufskundlichen Gutachten angeführten Verweisungsberufe wie Anmelde- und Beratungsdienste in Verwaltungen der öffentlichen Hand, in größeren privaten Vereinen sowie in verschiedenen Branchen in Handel, Gewerbe und Industrie, seien nach ihrer sozialen Geltung der vor der Ruhestandsversetzung ausgeübten Beschäftigung, der dienstlichen Stellung und Fortbildung annähernd gleichwertig. Ob zumutbare Verweisungsberufe tatsächlich vermittelt werden könnten, sei ohne Bedeutung.

Darüber hinaus seien bei den gesundheitlichen Voraussetzungen des Beschwerdeführers die für eine durchgehende Einsatzfähigkeit im Hinblick auf die üblichen Erfordernisse in der Arbeitswelt notwendigen Voraussetzungen gegeben. Es wären jährlich maximal Krankenstände im Ausmaß von 3 - 4 Wochen (durch Kuraufenthalte) zu erwarten gewesen, wobei diese durch ambulante Behandlungen nach Dienstschluss vermieden werden könnten. Für das Vorhandensein von Schmerzzuständen, die es - bezogen auf den Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung des Beschwerdeführers - unmöglich gemacht hätten, die vorgeschlagenen Verweisungsberufe auszuüben, fänden sich in den schlüssigen und nachvollziehbaren ärztlichen Gutachten keine Anhaltspunkte. Derartige Hinderungsgründe seien auch nicht eingewendet worden. Die im Arbeitsleben grundsätzlich notwendige gesundheitliche durchgehende Einsatzfähigkeit sei somit zu bejahen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, jedoch von der Erstattung einer Gegenschrift abgesehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

#### I. Rechtslage

1. Nach § 14 Abs. 1 BDG 1979, BGBl. Nr. 333 in der Fassung BGBl. Nr. 820/1995 ist der Beamte von Amts wegen oder auf seinen Antrag in den Ruhestand zu versetzen, wenn er dauernd dienstunfähig ist.

Der Beamte ist nach Abs. 3 dieser Bestimmung (Stammfassung) dauernd dienstunfähig, wenn er infolge seiner körperlichen oder geistigen Verfassung seine dienstlichen Aufgaben nicht erfüllen und ihm im Wirkungsbereich seiner Dienstbehörde kein mindestens gleichwertiger Arbeitsplatz zugewiesen werden kann, dessen Aufgaben er nach seiner körperlichen und geistigen Verfassung zu erfüllen imstande ist und der ihm mit Rücksicht auf seine persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse billigerweise zugemutet werden kann.

2. Gemäß § 62j Abs. 2 Satz 1 (nunmehr § 96 Abs. 2) des Pensionsgesetzes 1965 (PG 1965), eingefügt durch das Pensionsreformgesetz 2001, BGBl. I Nr. 86, sind auf Personen, die vor dem 1. Oktober 2000 Anspruch auf eine monatlich wiederkehrende Leistung nach diesem Bundesgesetz haben, die §§ 4, 9, ... in der am



30. September 2000 geltenden Fassung weiterhin anzuwenden.

3. Nach § 9 Abs. 1 des Pensionsgesetzes 1965 (PG 1965) in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 426/1985 hat die oberste Dienstbehörde dem Beamten, der ohne sein vorsätzliches Verschulden zu einem zumutbaren Erwerb unfähig geworden ist, aus Anlass der Versetzung in den Ruhestand den Zeitraum, der für die Erlangung des Ruhegenusses im Ausmaß der Ruhegenussbemessungsgrundlage erforderlich ist, höchstens jedoch zehn Jahre, zu seiner ruhegenussfähigen Bundesdienstzeit zuzurechnen.

4. Gemäß § 41 Abs. 1 PG 1965 in der Stammfassung, BGBl. Nr. 340, gelten künftige Änderungen dieses Bundesgesetzes auch für Personen, die Anspruch auf Leistungen nach diesem Bundesgesetz haben.

## II. Beschwerdeausführungen und Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht auf Zurechnung von (zehn) Jahren zur ruhegenussfähigen Dienstzeit nach § 9 PG 1965 durch unrichtige Anwendung dieser Norm sowie der Vorschriften über die Sachverhaltsermittlung, das Parteiengehör und die Bescheidbegründung verletzt.

2.1. Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides wiederholt der Beschwerdeführer seine in der Äußerung vom 9. Mai 2003 vorgetragene Rechtsansicht. Durch Art. 3 Z. 10 des Pensionsreformgesetzes 2000 sei eine Fassung des § 9 PG 1965 in Kraft gesetzt worden, welche die Zurechnung von Zeiten zur ruhegenussfähigen Gesamtdienstzeit abweichend von der früheren Fassung dieser Norm nicht mehr von der Unfähigkeit zu einem zumutbaren Erwerb abhängig mache. Mit Erkenntnis vom 16. März 2001, G 150/00, habe der Verfassungsgerichtshof "weite Teile des Pensionsreformgesetzes aufgehoben, nicht jedoch diese neue Fassung des § 9 PG". Das Pensionsreformgesetz 2000 habe in § 62j Abs. 1 (gemeint wohl: Abs. 2) PG 1965 eine Übergangsregelung getroffen, wonach u.a. die Neufassung des § 9 nur für ab dem 1. Oktober 2000 pensionierte Personen gelten solle. Diese Übergangsbestimmung sei durch das genannte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes mit Fristsetzung "bis zum 31. Juli 2001" aufgehoben worden. An diesem Tag sei "das Bundesgesetzblatt I Nr. 86/2001 mit dem Pensionsreformgesetz 2001 kundgemacht" worden. In dessen Art. 3 Z. 9 sei ebenfalls "eine Neufassung des § 9 PG 1965 in Kraft gesetzt" worden sowie eine gleiche Übergangsregelung "im Rahmen eines § 62j Abs. 2 PG 1965". Somit sei gleichzeitig durch das Wirksamwerden einer Gesetzesaufhebung eine bis dahin schon gültige Fassung des § 9 PG 1965 auf ihn "anwendbar geworden", während andererseits eine gleich lautende Fassung dieses § 9 PG 1965 vom Gesetzgeber mit der Maßgabe einer Übergangsregelung in Kraft gesetzt worden sei, kraft welcher die Norm auf ihn nicht anwendbar wäre. Hieraus folge die Wirksamkeit der sich aus dem Pensionsreformgesetz 2000 ergebenden Rechtslage, "weil die Autorität des Verfassungsgerichtshofes als Kontrollorgan der Gesetzgebung eine höhere ist als diejenige des Gesetzgebers".

Überdies sei § 41 PG 1965 zu berücksichtigen, wonach günstigere pensionsrechtliche Neuregelungen im Zweifel auch auf "Altpensionisten" anzuwenden seien. Die Frage der Erwerbsunfähigkeit erweise sich demnach als unerheblich, die beantragte Zurechnung von Zeiten zur ruhegenussfähigen Gesamtdienstzeit hätte jedenfalls vorgenommen werden müssen.

2.2. Im Hinblick auf das Datum der Erlassung des angefochtenen Bescheides (Zustellung am 1. August 2003) war § 41 Abs. 1 PG 1965 in der Stammfassung maßgeblich (die Novellierung dieser Bestimmung durch BGBl. I Nr. 71/2003 trat erst am 20. August 2003 in Kraft). Gestützt auf diese Bestimmung begehrt der Beschwerdeführer die Anwendung des § 9 PG 1965 offenbar in der Fassung des Pensionsreform-Gesetzes 2000.

Dem steht jedoch entgegen, dass im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides (vgl. dazu etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 5. Dezember 1975, B 98, 169, 229, 245/75 = VfSlg. 7 705) das Pensionsreform-Gesetz 2001, mit dem § 9 PG 1965 neu gefasst wurde, in Kraft stand. Dieses Gesetz enthielt in der Übergangsbestimmung des § 62j Abs. 2 (nunmehr § 96 Abs. 2) jedoch die ausdrückliche Anordnung, dass auf Personen, die vor dem 1. Oktober 2000 Anspruch auf eine monatlich wiederkehrende Leistung nach diesem Bundesgesetz haben, u.a. die §§ 4 und 9 in der am 30. September 2000 geltenden Fassung weiterhin anzuwenden sind. Diese von der belangten Behörde anzuwendende Übergangsbestimmung geht als *lex specialis* dem § 41 Abs. 1 PG 1965 sowie sonstigen - in Ermangelung gesetzlicher Übergangsbestimmungen allenfalls zur Anwendung gelangenden - allgemeinen Grundsätzen vor.

Beim Verwaltungsgerichtshof sind auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die in Rede stehende Übergangsbestimmung in der hier anzuwendenden Fassung entstanden. Weder aus Art. 140 B-VG noch aus einer anderen Verfassungsnorm ergibt sich, dass es dem Gesetzgeber verboten wäre, eine gesetzliche Regelung vor dem Inkrafttreten ihrer Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof (hier: Aufhebung von Teilen des Pensionsreformgesetzes 2000 durch den Verfassungsgerichtshof mit Ablauf des 31. Juli 2001) selbst aufzuheben und durch eine andere zu ersetzen. Dem Gesetzgeber ist es auch nicht verwehrt, diese neue Regelung (hier: § 62j Abs. 2 PG 1965 idF des Pensionsreformgesetzes 2001, der nach § 58 Abs. 35 Z. 1a PG 1965 in der Fassung dieser Novelle rückwirkend am 1. Oktober 2000 in Kraft getreten ist; das Pensionsreformgesetz 2001 wurde in dem am 31. Juli 2001 ausgegebenen Bundesgesetzblatt kundgemacht) unter Beachtung des Gleichheitsgebotes mit rückwirkender Kraft auszustatten (vgl. dazu das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 16. Juni 1961, Slg. 3961). Entgegen der offenbar vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung kommt dem Ausspruch des Verfassungsgerichtshofes betreffend die Setzung einer Frist für das Außerkrafttreten des als verfassungswidrig aufgehobenen Gesetzes also kein höherer Rang als der aufgehobenen Norm zu. Die neuerliche Erlassung einer Regelung nach Aufhebung der gleich lautenden Übergangsbestimmung des § 62j Abs. 2 PG 1965 in der Fassung des Pensionsreformgesetzes 2000 steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zum Teile des Pensionsreformgesetzes 2000 aufhebenden Verfassungsgerichtshoferkennntnis, weil die Gründe der Aufhebung nur Mängel im Gesetzgebungsverfahren waren, nicht aber eine inhaltliche Verfassungswidrigkeit der betreffenden Regelung. Der Verwaltungsgerichtshof hat unter dem Blickwinkel des Beschwerdefalles auch keine (inhaltlichen) verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den anwendbaren Teil des § 62j Abs. 2 Satz 1 PG 1965 in der Fassung des Pensionsreformgesetzes 2001. Der belangten Behörde kann somit nicht entgegengetreten werden, wenn sie § 9 Abs. 1 PG 1965 in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 426/1985 angewendet hat.

3.1. Eine Verletzung von Verfahrensvorschriften erblickt der Beschwerdeführer darin, dass in der Begründung des angefochtenen Bescheides zwar ausführliche Wiedergaben von Gutachten enthalten seien, jedoch "eigenständige Feststellungen" über seine gesundheitliche Beeinträchtigung und die verbliebene Leistungsfähigkeit fehlten. Es wäre eine nähere Prüfung geboten gewesen, welche Auswirkungen eine Berufstätigkeit auf seine Schmerzen (voraussichtlich) hätte (wird näher ausgeführt). Zudem fehle eine Auseinandersetzung damit, dass er vor seiner Ruhestandsversetzung ausgedehnte Krankenstände aufgewiesen hätte, diese aber "in der Zukunft überhaupt nicht zu erwarten seien". Nähere Erhebungen betreffend die künftige Schädigung seines Gesundheitszustandes, zu erwartende Schmerzen und Krankenstände hätten ergeben, "dass die spezifischen Auswirkungen der diagnostizierten Gesundheitsstörungen in meinem Fall bisher von solcher Art waren und auch künftig voraussichtlich sein würden, dass mir ein nachhaltiges Ausführen von beruflichen Tätigkeiten überhaupt nicht mehr möglich ist".

3.2. Dem ist zunächst zu entgegnen, dass der Verwaltungsgerichtshof bereits im ersten Rechtsgang darauf hingewiesen hat, dass das Fehlen der geforderten Beschreibung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers bei der im Beschwerdefall gegebenen Fallkonstellation keine zur Aufhebung führende Verletzung des Verfahrensrechts darstellt. Dies trifft auch auf den nunmehr angefochtenen Bescheid vom 28. Juli 2003 zu, weil die belangte Behörde in ihrer Begründung mit ausreichender Deutlichkeit ausgeführt hat, welchen der gutachterlichen Stellungnahmen sie folgen wollte.

3.2.1. Dr. A. hat in seinem Gutachten vom 20. März 2003, dem sich die belangte Behörde angeschlossen hat, dargestellt, dass sich die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers ausgehend von der (relativ gut beweglichen) Wirbelsäule nur bei vermehrter Beanspruchung gezeigt haben. Die Beeinträchtigungen seien - etwa durch Kuraufenthalte, aber auch ambulant - behandelbar. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers während der letzten Jahre vor seiner Ruhestandsversetzung sei zumindest phasenweise immer wieder kalkülsüberschreitend gewesen. Dadurch seien auch die (früher) vermehrt aufgetretenen Krankenstände erklärlich, sodass sich letztlich - bezogen auf den konkreten Arbeitsbereich - Dienstunfähigkeit herausgestellt habe.

Wenn - wie im vorliegenden Fall - in einem ärztlichen Gutachten zur Überprüfung der Dienstunfähigkeit medizinischbegründete Aussagen getroffen werden, dass auf Grund des festgestellten Gesundheitszustandes bestimmte Tätigkeiten (noch) zumutbar sind, so kann unter Berücksichtigung der ärztlichen Sorgfaltspflichten, denen auch ärztliche Sachverständige unterliegen, davon ausgegangen werden, dass mit der Durchführung dieser Arbeiten

keine oder nur geringe Schmerzen verbunden sind und somit durch diese Tätigkeiten keine Verschlechterung des Gesundheitszustandes hervorgerufen wird, welche ohne Arbeitsleistung nicht eingetreten wäre (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 1997, Zl. 96/12/0243).

3.2.2. In seiner Gutachtensergänzung vom 7. Juni 2003 führte Dr. A. aus, für den Fall, dass der Beschwerdeführer die von Dipl. Psych. Sch. als zumutbar erachteten Verweisungsberufe ausgeübt hätte, wären keine kalkülsüberschreitenden Belastungen für den Stütz- und Bewegungsapparat entstanden, die von sich aus zu Krankenständen geführt hätten. Abwesenheiten vom Dienst wurden lediglich für zu erwartende Kuraufenthalte von 3-4 Wochen jährlich veranschlagt, die jedoch durch entsprechende ambulante Behandlungen vermieden werden könnten.

3.3. Die vom Beschwerdeführer vermissten Prüfungen sind somit bereits durch die Gutachten des unfallchirurgischen Sachverständigen Dr. A. und das berufskundliche Gutachten der Dipl. Psych. Sch. erfolgt. Auch hatte der Beschwerdeführer durch wiederholte Einräumung rechtlichen Gehörs ausreichend Gelegenheit, die dargestellten gutachterlichen Schlussfolgerungen in Zweifel zu ziehen, eigenes Vorbringen zu erstatten und Beweisanträge zu stellen. Da dies im Verwaltungsverfahren unterblieben ist, kann der belangten Behörde aus der Unterlassung weiterer Überprüfungen der genannten Gutachten kein Vorwurf gemacht werden (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 22. Dezember 2004, Zl. 2001/12/0051, und vom 21. Oktober 2005, Zl. 2002/12/0274).

3.4. Von den dargestellten medizinischen Prämissen ausgehend sind die Schlussfolgerungen der berufskundlichen Sachverständigen Dipl. Psych. Sch. nicht zu beanstanden. Auch kommt beim Beschwerdeführer als Bediensteten der Verwendungsgruppe PT 8 der Zumutbarkeitsprüfung nach § 9 Abs. 1 PG 1965 keine bedeutsame Ausschlusswirkung unter dem Gesichtspunkt der sozialen Geltung des ausgeübten Berufes zu (vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. September 2000, Zl. 99/12/0294).

4. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

5. Ein Zuspruch von Aufwändersatz hatte gemäß § 59 Abs. 1 VwGG mangels Antragstellung zu unterbleiben.

Wien, am 13. September 2006

#### **Schlagworte**

Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2

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

ECLI:AT:VWGH:2006:2003120163.X00

#### **Im RIS seit**

01.11.2006

#### **Zuletzt aktualisiert am**

01.01.2009

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

© 2025 JUSLINE

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

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