

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/1/26 2001/12/0024

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.01.2005

## **Index**

L24009 Gemeindebedienstete Wien;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
63/06 Dienstrechtsverfahren;

## **Norm**

B-VG Art20 Abs1;  
DO Wr 1994 §20 Abs1;  
DVG 1984 §1;  
DVG 1984 §8;  
PensionsO Wr 1995 §4 Abs5 idF 1996/048;  
PensionsO Wr 1995 §73a Abs2 idF 1996/048;  
VwRallg;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Schick, Dr. Hinterwirth und Dr. Pfiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Lamprecht, über die Beschwerde der Dr. P in W, vertreten durch Dr. Heinrich Keller, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Reichsratsstraße 15, gegen den Bescheid des Berufungssenates der Stadt Wien vom 21. November 2000, Zl. MA 2/268/00, betreffend Ruhegenussbemessung nach der Wiener Pensionsordnung 1995, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die Stadt Wien hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.172,88 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Die im August 1944 geborene Beschwerdeführerin steht in einem öffentlich-rechtlichen Pensionsverhältnis zur Stadt Wien; sie war vor ihrer mit Wirkung vom 31. Jänner 1997 erfolgten Ruhestandsversetzung im Franz-Josef-Spital als Fachärztin (Oberärztin) für Radiologie tätig.

Noch während des (mit Beschluss der Gemeinderätlichen Personalkommission vom 17. Jänner 1997 abgeschlossenen) Ruhestandsversetzungsverfahrens wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben des Personalamtes vom 13. November 1996 über die voraussichtliche Bemessung ihrer Pension in Kenntnis gesetzt.

Hiezu vertrat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. November 1996 die Auffassung, u.a. (soweit dies aus der Sicht des Beschwerdefalles, in dem im zweiten Rechtsgang nur die Verminderung der Kürzung auf Grund der von ihr geleisteten Nachtdienste nach § 4 Abs. 5 und § 73a Abs. 2 der Pensionsordnung 1995 - PO 1995 strittig ist, noch eine Rolle spielt) sie habe während ihrer über 20-jährigen Dienstzeit immer über 40 Nachtdienste jährlich geleistet. Sie ersuche, dies bei der Ermittlung der Ruhegenussbemessungsgrundlage in Rechnung zu stellen; sie beeinspruche auch aus diesem Grund die Höhe der Bemessungsgrundlage.

Im Zuge des daraufhin zur Ruhegenussbemessung eingeleiteten Ermittlungsverfahrens versuchte die Behörde erster Instanz von der Dienststelle der Beschwerdeführerin insbesondere Unterlagen über die von der Beschwerdeführerin in der Vergangenheit geleisteten Nachtdienste zu erhalten. Nach Mitteilung der Krankenhausleitung vom 24. April 1997 konnte aber die Anzahl der Nachtdienste der Beschwerdeführerin von 1975 bis 1989 nicht mehr eruiert werden. Die ab 1990 dokumentierten Nachtdienste der Beschwerdeführerin seien solche "mit Schlaferlaubnis" und jedenfalls weniger als 80 derartiger Dienste im Jahr gewesen.

Dieses Ermittlungsergebnis wurde der Beschwerdeführerin am 24. Juli 1997 niederschriftlich zur Kenntnis gebracht und sie befragt, ob sie noch Nachweise für die seinerzeit geleisteten Nachtdienste besitze. Dies wurde von der Beschwerdeführerin verneint, wobei sie aber darauf hinwies, dass sie trotz angeblicher Schlaferlaubnis wegen der dauernden Wahrnehmung von dienstlichen Erfordernissen nicht habe schlafen können. Es habe sich daher ihrer Auffassung nach in Wahrheit um Nachtdienste ohne Schlaferlaubnis gehandelt.

Ohne auf die "Abschlagsproblematik" einzugehen, entschied die Behörde erster Instanz mit Bescheid vom 17. November 1997 über die Pensionsbemessung der Beschwerdeführerin wie folgt:

"Der Magistrat der Stadt Wien stellt fest, dass Ihnen gemäß §§ 3 ff der Pensionsordnung 1995 ab 01.02.1997 ein Ruhegenuss von monatlich S 26.619,52 gebührt.

Hiezu gebührt Ihnen ab demselben Zeitpunkt gemäß den §§ 3 bis 5 des Ruhe- und Versorgungsgenusszulagegesetzes 1995 eine Ruhegenusszulage von monatlich S 6.462,66."

U.a. zur Frage der Nachtdienste brachte die Beschwerdeführerin in ihrer dagegen erhobenen Berufung Folgendes vor:

"Ich habe mit Sicherheit in den vergangenen über 20 Jahren sicherlich mehr als 40 Nachtdienste ohne Schlaferlaubnis bzw. 80 Nachtdienste mit Schlaferlaubnis geleistet und mindestens 2 Stunden während des Dienstes gearbeitet. In diesem Zusammenhang erlaube ich mir darauf hinzuweisen, dass weder ich noch meine Vorgesetzte noch meine Mitbediensteten jemals darauf hingewiesen wurden, welche Nachtdienste mit Schlaferlaubnis bzw. ohne zu verrichten sind. Ich wurde zu Nachtdiensten eingeteilt, ohne dass mir mitgeteilt wurde, ob diese mit oder ohne Schlaferlaubnis sind, ja war uns allen diese Unterscheidung unbekannt. Tatsächlich habe ich die Nachtdienste in der Form geleistet, dass ich im Nachdienst anwesend war und je nach Bedarfsfall für den einzelnen Patienten gerufen wurde, nachdem die entsprechenden Bediensteten (Röntgenassistenten) die Vorarbeiten geleistet haben und ich dann die entsprechenden Röntgen befundet habe. Weder ich aus obgenannten Gründen noch die Gemeinde Wien hatten für diesen 20 jährigen Zeitraum irgend welche Aufzeichnungen geführt. Ich lege daher dieser Eingabe eine Bestätigung des Kaiser Franz Josef-Spitals meiner Dienststelle vor und zwar vom 24.4.1997, aus welcher ersichtlich ist, dass von den Jahren 1975 bis inklusive 1989 nicht mehr eruiert werden kann, ob Nachtdienste mit Schlaferlaubnis oder ohne Schlaferlaubnis von mir verrichtet wurden. Tatsächlich gab es zu diesem Zeitpunkt überhaupt keine Unterscheidung zwischen Nachtdiensten mit oder ohne Schlaferlaubnis.

Ab dem Jahre 1990 wurden offenbar Aufzeichnungen geführt, die jedoch von mir nicht nachvollziehbar sind. Es scheinen hier Nachtdienste mit Schlaferlaubnis zwischen 48 und 52 Stunden auf, wobei ich ausdrücklich darauf hinweisen möchte - was auch durch Einvernahme meiner Vorgesetzten nachvollziehbar ist -, dass es nie eine Anweisung gegeben hat, ob Schlaferlaubnis erteilt wird oder nicht, und ich auch tatsächlich während des Nachtdienstes nicht schlafen konnte, weil tatsächlich auch während der Nacht Patienten eingeliefert wurden und von mir nach vorheriger Röntgenaufnahme befundet wurden.

Alle die dort angeführten Nachtdienste sind daher ohne dass ich während dieser Zeit geschlafen habe, von mir geleistet worden. Nochmals möchte ich darauf hinweisen, dass es für mich nie irgend eine Anweisung gegeben hat, wann ich im Nachdienst schlafen darf bzw. wann ich Bereitschaftsdienst ständiger Präsenz abzuleisten habe, welch letzteren ich tatsächlich immer abgeleistet habe.

Es wurden keinerlei Unterlagen vorgelegt oder überprüft, welche Nachtdienste mit welcher Arbeitsleistung ich tatsächlich in den Jahren meiner Dienstzeit im Kaiser Franz Josef-Spital geleistet habe oder diesem Bescheid zu Grunde gelegt. Dieser Bescheid ist daher mangelhaft. Es wäre Aufgabe der erstinstanzlichen Behörde gewesen, genau zu prüfen - gegebenenfalls mit Zeugeneinvernahmen - welche Nachtdienste von mir geleistet worden sind. Hätte man das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt, wäre man zur Überzeugung gekommen, dass ich die im § 4 .... geforderten Voraussetzungen erbracht habe. Die Tatsache, dass keine Aufzeichnungen geführt werden, kann nicht automatisch so gewertet werden, als hätte ich die 40 bzw. 80 Nachtdienste (mit Arbeitsleistung) nicht verrichtet. Auch eine Einvernahme meiner Person ist nicht erfolgt. Eine solche hätte jedenfalls ergeben, dass ich die erforderlichen Nachtdienste (mit Arbeitsleistung) erbracht habe."

Über diese Berufung sprach die belangte Behörde im ersten Rechtsgang wie folgt ab:

"Gemäß § 66 Abs. 4 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 (AVG, BGBl. Nr. 51/1991) wird die Berufung als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch um Punkt II) wie folgt ergänzt wird:

'Ihr Antrag vom 19. November 1996, die in der Zeit vom 1. Oktober 1975 bis 31. Jänner 1997 im Kaiser-Franz-Josef-Spital geleisteten Nachtdienste gemäß § 4 Abs. 5 PO 1995 zur Verminderung der sich aus § 4 Abs. 3 PO 1995 ergebenden Kürzung der Ruhegenussbemessungsgrundlage heranzuziehen, wird gemäß § 4 Abs. 5 PO 1995 als unbegründet abgewiesen."

Zur Begründung führt die belangte Behörde, soweit dies aus der Sicht des vorliegenden Beschwerdefalles noch von Bedeutung ist, u.a. aus, der Behauptung der Beschwerdeführerin, sie hätte nicht gewusst, ob während der von ihr geleisteten Nachtdienste Schlaferlaubnis bestanden habe oder nicht, die Unterscheidung sei ihr gänzlich unbekannt gewesen, sie könne daher die über die ab 1990 geleisteten Nachtdienste erstellten Aufzeichnungen nicht nachvollziehen, sei entgegenzuhalten, dass dieses Vorbringen im Hinblick auf die mehr als 20-jährige Dienstzeit als äußerst unglaublich anzusehen und lediglich als Scheinargument zu werten sei. Dafür spreche auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin im Rahmen der im erstinstanzlichen Verfahren am 24. Juli 1997 zwecks Parteiengehör aufgenommenen Niederschrift, in der die Beschwerdeführerin ausgeführt habe, sie habe während ihrer Nachtdienste trotz Schlaferlaubnis nicht schlafen können. Damit habe die Beschwerdeführerin implizit zugegeben, von der Schlaferlaubnis gewusst zu haben. Auch unter der Annahme, dass die Beschwerdeführerin während ihrer Nachtdienste tatsächlich nicht hätte schlafen können, sei für sie nichts gewonnen, weil es nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut auf die prinzipielle Möglichkeit und dienstrechtliche Erlaubnis, während des Nachtdienstes zu schlafen, und nicht auf die jeweiligen faktischen Verhältnisse ankomme. Dem Vorwurf des mangelhaft durchgeführten Ermittlungsverfahrens sei entgegenzuhalten, dass die erstinstanzliche Behörde nach Ansicht der belangten Behörde sämtliche für die Beurteilung der Anwendbarkeit des § 4 Abs. 5 PO 1995 relevanten Sachverhaltselemente durch Einholung einer Stellungnahme der Dienststelle der Beschwerdeführerin sowie des Besoldungsamtes über die während der Dienstzeit zur Auszahlung gelangten Nebengebühren, welche auch die Nebengebühren für die absolvierten Nachtdienste umfasste, hinreichend erhoben habe. Danach ergebe sich jedoch, dass die Beschwerdeführerin während ihrer gesamten Dienstzeit nicht die für die Minderung der Kürzung der Ruhegenussbemessungsgrundlage gemäß § 4 Abs. 5 PO 1995 erforderlichen Nachtdienste geleistet habe. Die ziffernmäßige Richtigkeit des Ruhegenusses und der Ruhegenusszulage sei im Übrigen von der Beschwerdeführerin nicht bestritten und auch von der belangten Behörde für richtig befunden worden.

Die Berufung habe sich sohin in allen Punkten als unbegründet erwiesen, weshalb sie abzuweisen und der angefochtene Bescheid zu bestätigen gewesen sei. Die Ergänzung des Spruches im Punkt II. diene zur Klarstellung, dass der Antrag der Beschwerdeführerin zur Gänze erledigt worden sei, weil sich die erstinstanzliche Behörde bei Feststellung der Höhe des Ruhegenusses und der Ruhegenusszulage auch mit der Frage der Kürzung der Ruhegenussbemessungsgrundlage auseinander zu setzen gehabt habe.

Im ersten Rechtsgang hob der Verwaltungsgerichtshof den angefochtenen Bescheid mit Erkenntnis vom 29. März 2000, ZI. 98/12/0071 (= ZfVB 2001/818), wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf. Für die Beurteilung maßgebend sei die im Zeitpunkt seiner Erlassung geltende Rechtslage, die wie folgt dargestellt wurde, soweit dies aus der Sicht des vorliegenden Beschwerdefalles noch von Bedeutung ist:

"Gemäß § 4 Abs. 1 der Pensionsordnung 1995 (PO 1995), LGBl. Nr. 67/1995, wird der Ruhegenuss auf der Grundlage

des ruhegenussfähigen Monatsbezuges und der ruhegenussfähigen Gesamtdienstzeit ermittelt. 80 % des ruhegenussfähigen Monatsbezuges bilden nach Abs. 2 der genannten Bestimmung die Ruhegenussbemessungsgrundlage.

Mit Art. II Z. 2 der 2. Novelle zur Pensionsordnung 1995, LGBI. für Wien Nr. 48/1996, wurden dem § 4 folgende Abs. 3 bis 5 angefügt:

'(3) Ist der Beamte vor Vollendung des 60. Lebensjahres aus dem Dienststand ausgeschieden, so ist die Ruhegenussbemessungsgrundlage von 80 % um zwei Prozentpunkte für jedes Jahr, das zwischen dem Ausscheiden aus dem Dienststand und dem der Vollendung des 60. Lebensjahres folgenden Tag liegt, zu kürzen; hiebei werden Bruchteile eines Jahres, wenn sie mindestens sechs Monate betragen, als volles Jahr gerechnet, andere bleiben unberücksichtigt. Die Kürzung darf höchstens 18 Prozentpunkte betragen.

(4) ....

(5) Die sich aus Abs. 3 ergebende Kürzung der Ruhegenussbemessungsgrundlage vermindert sich um 0,29 Prozentpunkte je volles Kalenderjahr, in dem der Beamte als Bediensteter der Gemeinde Wien mindestens 40 Nachtdienste ohne Schlaferlaubnis oder mindestens 80 Nachtdienste mit Schlaferlaubnis geleistet hat; dabei liegt ein Nachtdienst vor, wenn in die Zeit von 22 Uhr bis 6 Uhr mindestens zwei Stunden der Arbeitszeit fallen. Wurden beide Arten von Nachtdiensten geleistet, so zählt ein Nachtdienst ohne Schlaferlaubnis wie zwei Nachtdienste mit Schlaferlaubnis.'

Gemäß § 73 a Abs. 1 PO 1995 in der vorher genannten Fassung gilt § 4 Abs. 3 bis 5 PO 1995 weder für den Beamten, der vor dem 1. Oktober 1996 aus dem Dienststand ausgeschieden ist, noch für seine Hinterbliebenen. Hat die Mehrzahl der Bediensteten einer Beamten- oder Bedienstetengruppe in einer Dienststelle oder einem Dienststellenteil im Jahr 1995 die Voraussetzungen des § 4 Abs. 5 erfüllt und hat ein Beamter vor dem 1. Jänner 1995 als Bediensteter dieser Beamten- oder Bedienstetengruppe in dieser Dienststelle oder diesem Dienststellenteil Dienst geleistet, so wird nach Abs. 2 der genannten Bestimmung vermutet, dass er während der Zeit dieser Dienstleistung auch die gemäß § 4 Abs. 5 erforderliche Anzahl der Nachtdienste erbracht hat. Andernfalls wird das Gegenteil vermutet. Der Gegenbeweis ist jeweils zulässig."

Rechtlich führte der Verwaltungsgerichtshof, soweit dies für das fortgesetzte Verfahren noch von Bedeutung ist, aus, die vom Gesetzgeber im § 4 Abs. 5 PO 1995 verwendete Formulierung "mindestens 40 Nachtdienste ohne Schlaferlaubnis oder mindestens 80 Nachtdienste mit Schlaferlaubnis" sei dem Grunde nach einer Auslegung und einem sinnvollen Vollzug zugänglich. Maßgeblich sei demnach, wie viele Nachtdienste im Sinne des zweiten Halbsatzes des § 4 Abs. 5 PO 1995 geleistet worden seien und ob bei diesen Diensten Schlaferlaubnis gegeben gewesen sei oder nicht. Die tatsächlichen Verhältnisse für die Wertung "mit oder ohne Schlaferlaubnis" seien zunächst nicht entscheidend.

Ausgehend von der vom Gesetzgeber erst 1996 getroffenen neuen Regelung dürfe die Behörde nicht dem Beamten die Nachweispflicht für die nach Mitteilung seiner Dienststelle nicht mehr feststellbaren Nachtdienste überbürden. Der Gesetzgeber habe vielmehr mit der Übergangsbestimmung für die Ruhegenussbemessungsgrundlage im § 73a Abs. 2 PO 1995 eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für die diesbezügliche Beweisführung vorgesehen. Eine Auseinandersetzung mit dieser Bestimmung sei im Beschwerdefall nicht erfolgt. Die Behörde wäre dazu ausgehend vom Vorbringen der Beschwerdeführerin in Verbindung mit § 8 Abs. 1 DVG 1984 (Verpflichtung in Dienstrechtsverfahren, die zum Vorteil und Nachteil der Partei dienenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu berücksichtigen) verpflichtet gewesen. Ein allfälliger Anspruch auf die Begünstigung nach § 4 Abs. 5 PO 1995 dürfe demnach nur nach entsprechenden Feststellungen im Sinne des § 73a Abs. 2 PO 1995 in einem ordnungsgemäßen Verfahren, nämlich dass die Voraussetzungen nach dem 1. Satz dieser Bestimmung nicht vorlägen, damit abgetan werden, sie habe im Rahmen der sie dann treffenden Verpflichtung zum Gegenbeweis keine Nachweise für die behaupteten Nachtdienste vorlegen können, was vor allem für die Zeit vor 1990 bedeutsam sei.

Im zweiten Rechtsgang richtete der Magistrat der Stadt Wien am 16. Juni 2000 ein Schreiben mit folgendem Inhalt an die Beschwerdeführerin:

"Sehr geehrte Frau Doktorin!

Beiliegend werden Ihnen ein Schreiben des Kaiser-Franz-Josef-Spitals vom 13. Juni 1997 samt zwei Beilagen betreffend die gesetzliche Vermutung gemäß § 73a Abs. 2 PO 1995 sowie eine Tabellenübersicht übermittelt.

In der Tabellenübersicht werden in der Spalte 6 die unter der Annahme, dass Sie in den Jahren 1976 bis 1989 80 Nachtdienste pro Jahr geleistet haben, ermittelten fiktiven Nebengebührenwerte den in der Spalte 7 aufgestellten, tatsächlich von Ihnen bezogenen Nebengebührenwerten gegenüber gestellt. Dieser Berechnung wurde der günstigste Fall, nämlich eine durchschnittliche Dienstleistung von 6,66 Nachtdiensten pro Monat - somit ohne Berücksichtigung allfälliger Krankenstände und Urlaube - zu Grunde gelegt. Die Angaben erfolgen in Schillingbeträgen.

Sie haben im Rahmen des Parteiengehörs die Möglichkeit, hiezu binnen einer Frist von zwei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens eine Stellungnahme abzugeben."

Bei dem genannten Schreiben vom 13. Juni 1997 handelt es sich lediglich um eine Übersendungsnote. Die weiters genannten Beilagen lauten auszugsweise:

Kaiser-Franz-Josef-Spital der Stadt Wien

Bedkat Nr.

Beamtengruppen

40 Nacht-  
dienste ohne Schlaferlaubnis

80 Nacht-  
dienste mit Schlaferlaubnis

Wechsel-  
dienst

Nachtdienst

1

MZ

A201

Oberärzte

X

2

MZ

A201

Spitalsärzte

X

3

MZ

A201

Anstaltsärzte

X

4

MZ

A201

Stationsärzte

X

5

MZ

A201

Sekundarärzte

X

6

MZ

6420

Krankenschwester/Pfleger

X

7

MZ

6410

Kinder- Säuglingschwester

X

8

MZ

6430

Psych.Krk.SR/Pfleger

X

9

MZ

6360

Stationshebamme

X

10

MZ

6400

Hebammen

X

11

MZ

6611

PflegehelferInnen

X

12

MZ

6640

Erste Operationsgehilfen

X

X

13

MZ

6641

Operationsgehilfen

X

X

14

MZ

6692

Prosekturgehilfen

X

X

15

MZ

6691

Erste Prosekturgehilfen

X

X

16

MZ

2229

Portiere

X

X

17

MZ

1210

Maschinisten

X

X

18

MZ

2002

Hochdruckheizer

X

X

MZ - der Bediensteten die die Voraussetzungen des § 73

PO 1995 erfüllen

Kaiser-Franz-Josef-Spital der Stadt Wien

Bedkat Nr.

Beamtengruppen

40 Nacht-  
dienste ohne Schlaferlaubnis

80 Nacht-  
dienste mit Schlaferlaubnis

Wechsel-  
dienst

Perma-  
nenz-  
dienst

Nacht-  
dienst

1

EB

C001

Kanzleibedienstete

X

X

2

EB

6200

Bea.d.geh.med.t.Dienste

3

EB

MTA

X

4

EB

RTA

X

5

EB

MTF

X

...

EB - einige Bedienstete einer Berufsgruppe die die Voraussetzungen des § 73 PO 1995 erfüllt haben

Spalte 1

Spalte 2

Spalte 3

Spalte 4

Spalte 5

Spalte 6

Spalte 7

Jahr

Nachtdienst

5. und jeder weiterer Nachtdienst

4. und jeder weiterer Nachtdienst

ab 1982

4 x Spalte 2

3 x Spalte 2 ab 1982

2,66 x Spalte 3

3,66 x Spalte 3 ab 1982

(Spalte 4+5) x 12

fikt. Nebenge-  
bühren

Nebenge-  
bührenwerte

Bemessungs-  
grundlage

1976

187,00

443,00

+

+

153,00 =340,00

240,00 = 683,00

1.360,00

1.816,78

38.121,36

72.805,54

1977

187,00

443,00

+

+

153,00 = 340,00

240,00 = 683,00

1.360,00

1.816,78

38.121,36

72.067,00

1978

202,00

478,00

+

+

165,00 = 367,00

259,00 = 737,00

1.468,00

1.960,42

41.141,04

73.839,26

1979

211,00

498,00

+

+

172,00 = 383,00

270,00 = 768,00

1.532,00

2.042,88

42.898,56

67.466,08

1980

220,00

519,00

+

+

179,00 = 399,00

**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)