



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38740
Telefax: (43 01) 4000 99 38740
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-171/092/14929/2019-16
A. B.

Wien, 14.12.2020

Geschäftsabteilung: VGW-X

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Burda als Vorsitzende, seinen Richter Mag. Dr. Kienast als Bericht, seine Vizepräsidentin Mag. Hornschall sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Hassfurther und Wessely über die Beschwerde des Herrn A. B., vertreten durch RA, gegen den Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 2, Personalservice, vom 15.10.2019, Zl. ..., betreffend Reaktivierung nach der Dienstordnung 1994 (DO 1994), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9.12.2020

zu Recht erkannt und verkündet:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben und der bekämpfte Bescheid ersatzlos behoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 5.12.2014 verfügte die gemeinderätliche Personalkommission gemäß § 68a Abs. 1 Z 1 DO 1994 von Amts wegen die Versetzung des Beschwerdeführers in den Ruhestand mit Ablauf des 31.12.2014.

2. Mit Schreiben vom 5.12.2018 ersuchte der belangte Magistrat die MA 15 – amtsärztliche Begutachtungsstelle um Abgabe eines amtsärztlichen Gutachtens zur Frage, ob der Beschwerdeführer die Dienstfähigkeit als Vorarbeiter ... wiedererlangt habe.

In ihrem amtsärztlichen Gutachten vom 5.3.2019 kam die Amtsärztin Dr. C. zum Ergebnis, dass die Dienstfähigkeit (mit Einschränkungen) gegeben sei.

In ihrem orthopädischen Gutachten vom 21.2.2019 kam (bereits) die Amtsärztin Dr. D. zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer (mit Einschränkungen) dienstlich einsetzbar sei.

Mit Schreiben vom 9.4.2019 teilte der belangte Magistrat dem Beschwerdeführer mit, dass aufgrund der genannten amtsärztlichen Gutachten beabsichtigt sein, ihn zu reaktivieren.

Mit Schreiben vom 29.4.2019 erhob der Beschwerdeführer Einspruch gegen das amtsärztliche Gutachten und teilte mit, er sei in regelmäßiger Behandlung samt Therapie bei Privatdozent Dr. E..

Mit Schreiben vom 9.5.2019 legte der Beschwerdeführer einen ärztlichen Befundbericht des Facharztes für Orthopädie Doz. Dr. E. vom 7.5.2019 vor, worin dieser zum Ergebnis kam, dass aus orthopädischer Sicht eine körperliche Tätigkeit als ... „in keinster Weise möglich“ sei.

In ihrem amtsärztlichen Gutachten vom 19.7.2019 kam die Amtsärztin Dr. F. zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer entsprechend dem erstellten Leistungskalkül beruflich eingesetzt werden könne.

In ihrem orthopädischen Gutachten vom 17.7.2019 kam die Amtsärztin Dr. D. zum selben Ergebnis wie in ihrem Vorgutachten vom Februar 2019.

Mit Stellungnahme vom 19.8.2019 äußerte sich die Amtsärzten Dr. F. dahin, dass der Beschwerdeführer den Dienstposten als Vorarbeiter ... noch für die Dauer von mindestens fünf Jahren ausführen könne.

Mit Schreiben vom 22.8.2019 wurde dem Beschwerdeführer unter Vorlage aller bisherigen Gutachten zur Reaktivierung Parteigenhör gewährt mit der Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen dazu Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 30.9.2019 erhob der Beschwerdeführer gegen seine (beabsichtigte) Reaktivierung Einspruch und führte aus, dass er nicht imstande sei, G. zu öffnen, LKWs zu lenken und G.-arbeiten durchzuführen.

Mit Schreiben vom 4.10.2019 teilte H. mit, dass G. grundsätzlich durch die anwesenden G.-arbeiter geöffnet würden, dass das Lenken eines LKWs in die Tätigkeit von G.-arbeiten fallen würde und somit nicht in den Tätigkeitsbereich von Vorarbeitern und dass Vorarbeiter lediglich Kontrolltätigkeiten ... durchführen würden; G.-arbeiten würden in den Tätigkeitsbereich der G.-arbeiter fallen.

Mit Bescheid vom 15.10.2019 verfügte der belangte Magistrat gemäß § 69 Abs. 2 DO 1994 die Wiederverwendung des Beschwerdeführers als Beamter des Dienststandes mit Wirksamkeit 1.12.2019.

3. Mit Schriftsatz vom 13.11.2019 zog der Beschwerdeführer den Bescheid vom 15.10.2019 – fristgerecht – in Beschwerde, beantragte darin neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter anderem auch die Einholung eines orthopädischen Sachverständigengutachtens und beantragte die ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheids.

Mit Note vom 13.11.2019 legte der belangte Magistrat dem erkennenden Verwaltungsgericht die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt zur Entscheidung vor, wo sie am 21.11.2019 einlangte.

Mit E-Mail vom 17.8.2020 legte H. über Anfrage die Stellenbeschreibung eines Vorarbeiters der Außenstelle ... vor.

Der vom erkennenden Verwaltungsgericht zur Erstattung eines orthopädischen Gutachtens beauftragte Sachverständige Dr. K. kam in seinem Gutachten vom 6.10.2020 zum Ergebnis, dass unter Berücksichtigung der Ausführungen von H. vom 4.10.2019 die Dienstfähigkeit des Beschwerdeführers als Vorarbeiter ... gegeben sei.

Mit Schriftsatz vom 25.11.2020 erstattete der Beschwerdeführer eine Stellungnahme und legte unter anderem auch einen ärztlichen Befundbericht des Facharztes für Orthopädie Doz. Dr. E. vom 25.11.2020 vor.

Am 9.12.2020 fand vor dem erkennenden Verwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der sich auch der Sachverständige Dr. K. zu den mit Stellungnahme vom 25.11.2020 vorgelegten ärztlichen Befundbericht des Facharztes für Orthopädie Doz. Dr. E. vom 20.11.2020 gutachtlich äußerte und nach deren Schluss die Senatsvorsitzende mit Erkenntnis die Stattgabe der Beschwerde verkündete und die belangte Behörde die schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses beantragte.

II. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

1. Der 1970 geborene Beschwerdeführer wurde mit Bescheid vom 5.12.2014 von Amts wegen gemäß § 68a Abs. 1 Z 1 DO 1994 wegen dauernder Dienstunfähigkeit mit Ablauf des 31.12.2014 in den Ruhestand versetzt. Er stand bis dahin als (zuletzt) Vorarbeiter ... bei H. in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien.

Aufgrund orthopädischer amtsärztlicher Gutachten verfügte der belangte Magistrat mit dem bekämpften Bescheid vom 15.10.2019 gemäß § 69 Abs. 2 DO 1994 die Wiederverwendung des Beschwerdeführers als Beamter des Dienststandes mit Wirksamkeit 1.12.2019, weil er die Dienstfähigkeit wiedererlangt habe und es wahrscheinlich sei, dass er seine dienstlichen Aufgaben entsprechend dem für den Dienstposten als Vorarbeiter ... erforderlichen Leistungskalkül noch für die Dauer von mindestens fünf Jahre wird erfüllen können.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung durch das erkennende Verwaltungsgericht würde es beim Beschwerdeführer bei Wiederaufnahme seiner beruflichen Tätigkeit wegen seiner Beschwerden im Bereich der Hals- und Lendenwirbelsäule sowie auch der Erkrankung der Kniegelenke und der rechten Schulter zu überdurchschnittlich vielen

Krankenstandstagen kommen. Dass der Beschwerdeführer seine dienstlichen Aufgaben als Vorarbeiter ... noch mindestens 5 Jahre werden versehen können, ist aufgrund seines Krankheitsbildes nicht wahrscheinlich.

2. Die Feststellungen zur Ruhestandsversetzung und der Gründe, warum der belangte Magistrat mit dem bekämpften Bescheid die Reaktivierung verfügt hat, ergeben sich aus dem Verwaltungsakt und sind als solche nicht strittig.

Die Feststellungen des Gesundheitszustands des Beschwerdeführers zum Entscheidungszeitpunkt samt der (negativen) Zukunftsprognose gründen im in der mündlichen Verhandlung am 9.12.2020 ergänzten, schlüssigen und nachvollziehbaren, orthopädischen Gutachten des Sachverständigen Dr. K. vom 6.10.2020, das alle nach der Ruhestandsversetzung des Beschwerdeführers erstattete Amtsgutachten berücksichtigt sowie auch den vom Beschwerdeführer vorgelegten rezenten ärztlichen Befundbericht des Facharztes für Orthopädie Doz. Dr. E. vom 20.11.2020. Dabei legte der Sachverständige Dr. K. seinem Gutachten ein Leistungskalkül zugrunde, wie es in der Stellungnahme von H. vom 4.10.2019 (Aktenseite 46 des Verwaltungsakts) zum Ausdruck kommt und damit sogar wohl nicht jenes Niveau erreicht, wie vom Tätigkeitsprofil für Vorarbeiter ... gefordert.

3.1. Nach § 69 Abs. 2 (erster Satz) DO 1994 kann die Wiederverwendung eines Beamten des Ruhestands von Amts wegen verfügt werden, wenn der Beamte seine Dienstfähigkeit wiedererlangt hat. Diese Verfügung ist aber nach § 69 Abs. 2 (zweiter Satz) DO 1994 nur zulässig, wenn der Beamte das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und es wahrscheinlich ist, dass er noch mindestens fünf Jahre seine dienstlichen Aufgaben versehen kann.

Erst wenn die im 2. Satz des § 69 Abs. 2 DO 1994 angesprochenen Voraussetzungen vorliegen, hat der belangte Magistrat die Ermessensentscheidung der Reaktivierung im Sinne des Gesetzes zu treffen. Sowohl bei der vom Verwaltungsgericht vorzunehmenden Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 69 Abs. 2 2. Satz DO 1994 vorliegen, als auch bei jener, ob der belangte Magistrat (bei Bejahung der Voraussetzungen des 2. Satzes par.cit.) sein Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat, ist die im Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehende Sach- und Rechtslage maßgeblich.

3.2. Es kann dahingestellt bleiben, ob wegen der vom Sachverständigen Dr. K. prognostizierten überdurchschnittlich vielen Krankenstandstage überhaupt die Dienstfähigkeit des Beschwerdeführers angenommen werden kann, weil es für eine Reaktivierung jedenfalls bereits an der Voraussetzung des § 69 Abs. 2 2. Satz DO 1994 gebricht. Es ist nämlich gerade nicht wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer noch mindestens fünf Jahre seine dienstlichen Aufgaben als Vorarbeiter ... versehen wird können. Somit ist auch unabhängig davon, ob die Reaktivierung des Beschwerdeführers selbst bei Annahme seiner Dienstfähigkeit im Sinne des Gesetzes gelegen wäre (dies könnte jedenfalls durch die prognostizierte erhöhte Anzahl an Krankenstandstage zweifelhaft sein), die Reaktivierung zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichts deshalb unzulässig und deren Verfügung rechtswidrig, weil eine Wahrscheinlichkeit nicht angenommen werden kann, dass der Beschwerdeführer noch mindestens fünf Jahre seine dienstlichen Aufgaben wird versehen können.

Der bekämpfte Bescheid des belangten Magistrats war daher ersatzlos zu beheben.

3.3. Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Burda
(Vorsitzende)