

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

17.12.2007

Geschäftszahl

2006/12/0223

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Nowakowski, Dr. Thoma und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Zykan, über die Beschwerde des K in G, vertreten durch die Dr. Reinhard Tögl Rechtsanwaltgesellschaft m. b.H. in 8010 Graz, Schmiedgasse 31, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 24. November 2006, Zl. PRB/PEV-488594/06-A04, betreffend Versetzung in den Ruhestand, zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer stand bis zu der mit dem angefochtenen Bescheid ausgesprochenen Versetzung in den Ruhestand mit Ablauf des 30. November 2006 in einem aktiven öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund und war der Österreichischen Post AG zur Dienstleistung zugewiesen, wo er zuletzt in einem sogenannten "Jobcenter" in G verwendet wurde.

Unbestritten ist, dass er im Jahr 2004 an 202 Kalendertagen und im Jahr 2005 an 153 Kalendertagen wegen Krankheit vom Dienst abwesend war.

Laut einer - offenbar im Rahmen eines Ruhestandsversetzungsverfahrens eingeholten - Stellungnahme des chefärztlichen Dienstes der Pensionsversicherungsanstalt, Landesstelle Steiermark, vom 16. Juni 2005, bestehe die Hauptursache für die Minderung der Dienstfähigkeit in Abnützungszeichen an Hals-, Brust- und Lendenwirbelsäule mit lokaler Bewegungseinschränkung und beginnenden Abnützungszeichen an der rechten Hüfte sowie den Kniegelenken. Eine leistungskalkülrelevante Besserung der Hauptursachen sei nicht möglich. Das Leistungskalkül sei kaum eingeschränkt, überwiegend seien mittelschwere Belastungen möglich. Sämtliche Zwangshaltungen seien überwiegend durchführbar. Der Beschwerdeführer könne besonderen Zeitdruck aushalten, er könne sich überdurchschnittlich psychisch belasten und benötige keine vermehrten Pausen. Laut eigenen Angaben fühle sich der Beschwerdeführer dienstfähig.

Mit Note vom 23. Juni 2005 teilte der Leiter des Personalamtes G dem Beschwerdeführer den Inhalt der Stellungnahme vom 16. Juni 2005 mit. Das amtswegige Verfahren auf Ruhestandsversetzung gemäß § 14 BDG 1979 sei eingestellt und dessen Dienststelle davon in Kenntnis gesetzt worden. Abschließend wies er ihn auf die Verpflichtung zur Befolgung von Dienstzuteilungen hin.

Eine weitere, von der Dienstbehörde erster Instanz eingeholte Stellungnahme des chefärztlichen Dienstes der Pensionsversicherungsanstalt, Landesstelle Steiermark, vom 9. Februar 2006, führte u.a. aus:

"Diagnosen:

1.) Hauptursache/n der Minderung der Dienstfähigkeit:

ICD-10: M54.2

ICD- 10:

Abnützungen der Halswirbelsäule mit Bandscheibenprolaps C5/C6 und C6/C7 mit mäßiger Funktionseinschränkung.

Abnutzung der Brust- und Lendenwirbelsäule mit Fehlhaltung im Brustwirbelsäulenbereich mit mäßiger Funktionseinschränkung

Meniskuseinriss im rechten Kniegelenk mit mäßiggradiger Funktionseinschränkung

2.) Weitere Leiden:

Hypertonus ohne Therapie

Diabetes mellitus - diätetisch gut eingestellt

Reaktive Dysthyrie mit Ein- und Durchschlafstörungen unter

Therapie - ohne Veränderung gegenüber dem VGA

Eine leistungskalkülrelevante Besserung der unter Punkt 1 angeführten Hauptursache/n der Minderung der Dienstfähigkeit ist nicht möglich.

Anmerkungen:

Laut Ersuchen der Post-AG wurde eine nochmalige Begutachtung des *Beschwerdeführers* durchgeführt. Der FA für Orthopädie und der FA für Innere Medizin führen die Begutachtung durch und nehmen zum Befundbericht MR Dr. Herzberg vom 4.11.2005 Stellung. Demnach sind die vom Untersucher erhobenen Befunde in Bezug auf die daraus resultierenden Funktionseinschränkungen relativiert. Letztendlich wird ein Restleistungskalkül im beigelegten Umfang erhoben. Die objektiven Beschwerden sind durch ambulante Therapiemaßnahmen gut behandelbar. Eine wesentliche Änderung des aktuellen Restleistungskalküls ist nicht anzunehmen."

Dieser Stellungnahme war eine Aufgliederung des "Gesamtrestleistungskalküls" des Beschwerdeführers angeschlossen.

Mit Note vom 7. Juni 2006 teilte das Personalamt G dem Beschwerdeführer unter Wiedergabe des wesentlichen Ergebnisses der chefarztlichen Stellungnahme vom Februar 2006 mit, er sei - zusammengefasst - nicht mehr in der Lage, abgesehen von zwei näher bezeichneten Arbeitsplätzen, die entweder nicht frei oder nicht eingerichtet seien, die Anforderungen gemäß den Anforderungsprofilen für die Verwendungsgruppe PT 8 zu erfüllen und räumte ihm eine Frist zur Stellungnahme zu dessen beabsichtigter Ruhestandsversetzung ein.

In seiner Eingabe vom 26. Juni 2006 nahm der Beschwerdeführer dahingehend Stellung, die Feststellung (betreffend die mangelnde Verweisungsmöglichkeit des Beschwerdeführers) lasse außer Acht, dass er seit 1. Februar 2003 in das Jobcenter Graz mit Verwendung auf dem dort gemäß § 4a P-ZV 2003 eingerichteten Arbeitsplatz, Code 7727 PT 8 Mitarbeiter Jobcenter D 4, versetzt sei. Auf diesem Arbeitsplatz sei er entsprechend seiner dienst- und besoldungsrechtlichen Stellung mit Botengängen und manipulativen Tätigkeiten betraut, deren Anforderungen er nach wie vor gewachsen sei. Infolge Zuweisung und Verwendung auf diesem Arbeitsplatz, auf dem er seine dienstlichen Aufgaben bei seiner körperlichen und geistigen Verfassung nach wie vor erfüllen könne und welche Tätigkeit ihm auch zumutbar sei, sei er nicht dienstunfähig im Sinn des § 14 Abs. 3 BDG 1979.

Mit Bescheid vom 30. Juni 2006 versetzte die Dienstbehörde erster Instanz den Beschwerdeführer mit Ablauf des 31. Juli 2006 in den Ruhestand. Die Ausführungen in den chefarztlichen Stellungnahmen seien - so die wesentliche Begründung - schlüssig. Nach dem vorliegenden Beweisergebnis sei der Beschwerdeführer dauernd dienstunfähig. Zur Stellungnahme des Beschwerdeführers werde festgestellt, dass dieser dienstrechtlich weiterhin dem Verteilzentrum Brief angehöre, dort den Arbeitsplatz Verteildienst für Inlandspostsendungen (Code 0809) innehave und dem Jobcenter (nunmehr Karriere- und Entwicklungszentrum) nur dienstzugeteilt sei. Bezüglich seiner Angabe, dass ihm die Anforderungen des Jobcenter - Arbeitsplatzes D 4 zugemutet werden könnten, weise die Dienstbehörde erster Instanz darauf hin, dass nach Auskunft der Leiterin des Jobcenters diese Tätigkeiten maximal halbtägig anfielen und die bestimmungsgemäßen Aufgaben von Mitarbeitern des "KEC" gemäß § 4a der Post-Zuordnungsverordnung überwiegend temporäre und wechselnde Aufgaben als Springer, Kranken- und Urlaubersatzkraft sowie zur Abdeckung von Verkehrsspitzen im Rahmen der dem Beschwerdeführer bisher in der Regelorganisation zugewiesenen Verwendung (in seinem Fall die Verwendung auf Arbeitsplätzen des Verteildienstes für Inlandspostsendungen - Code 0809) umfassten. Diese Aufgaben könne der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erfüllen. Die Feststellungen im Schreiben vom 7. Juni 2006 seien daher weiterhin zutreffend. Die Ruhestandsversetzung sei daher spruchgemäß zu verfügen.

In seiner Berufung gegen diesen Bescheid brachte der Beschwerdeführer vor, er habe erfahren, dass auf den Arbeitsplätzen des Vorverteildienstes der Zustellbasis 8010 Graz, Code 0812, PT 8, für welche er noch die volle gesundheitliche Eignung besitze, ständig befristete Kräfte eingesetzt würden. Mit Bescheid des Bundessozialamtes, Landesstelle Steiermark, vom 10. April 2003, sei er auf Grund seiner Leidenszustände als begünstigter Behinderter im Sinne des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 60 von 100 eingestuft worden. Auf Grund der auch für den öffentlich-rechtlichen Bereich

anerkannten Fürsorgepflicht des Dienstgebers gegenüber seinem Dienstnehmer wären die Arbeitsplätze so zu organisieren, dass er an Stelle befristeter Kräfte im Vorverteildienst auf Dauer eingesetzt werden könne.

In einem weiteren Schriftsatz vom 3. August 2006 brachte der Beschwerdeführer vor, die medizinischen Gutachten seien unbestreitbar richtig, doch könne mit diesen allein die Frage nicht geklärt werden, ob er tatsächlich arbeitsunfähig sei. Es fehle die Brücke zu den Tätigkeiten, mit denen das Leistungskalkül zu vergleichen sei. Hier habe die Behörde ohne Beiziehung eines Sachverständigen in unschlüssiger Weise behauptet, dass alle Verweisungsarbeitsplätze besetzt und auch in Zukunft nicht frei wären. Der Beschwerdeführer sei trotz eingeschränktem Leistungskalkül durchaus in der Lage, die bisher von ihm geleisteten Tätigkeiten auszuüben. Es sei schlicht unrichtig, dass er auf Arbeitsplätzen der Verwendungsgruppe PT 8 nicht Verwendung finden könnte. Eine Verwendung im Bereich des Fachpostverteildienstes und beim Vermittlungsdienst bei Nebenstellenanlagen wäre möglich. Diese Stellen seien nicht dauernd besetzt, vielmehr mit Leiharbeitskräften und befristeten Dienstkraften vorübergehend besetzt, die leicht entfernt werden könnten. Zum Beweis hiefür führe er einen Sachverständigen der Berufskunde. Die Dienstbehörde erster Instanz hätte sich diesbezüglich nicht auf eine mündliche Auskunft der Leiterin des Jobcenters beschränken dürfen.

Hierauf veranlasste die belangte Behörde Erhebungen über anderweitige, für den Beschwerdeführer mögliche Verwendungen und räumte ihm mit Erledigung vom 18. September 2006 Gehör zu diesem - für ihn negativen - Ermittlungsergebnis ein.

In seiner Eingabe vom 11. Oktober 2006 legte der Beschwerdeführer Gutachten vom Facharzt für Unfallchirurgie, Dr. K, sowie vom Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, Univ. Prof. Dr. N, vor, die - so das Vorbringen - für das Bundessozialamt tätig geworden seien und zu einem völlig anderen Leistungskalkül gelangt seien als die Pensionsversicherung. Die Gutachten, auf die sich die (Dienst)Behörde beziehe, könnten daher nicht richtig sein. Nach allen Gutachten seien dem Beschwerdeführer mittelschwere Arbeiten möglich. Die von Dr. K angegebene Einschränkung, alle 30 Minuten müssten Zwangslagen geändert werden, sei im Verteildienst ohne weiteres möglich. Aus diesen Gründen sei der Beschwerdeführer auch in der Lage, alle vergleichbaren oder gleichwertigen Tätigkeiten zu verrichten. Darüber hinaus stimme es schlichtweg nicht, dass es keine Arbeitsplätze gäbe. Die Schließfachabteilung G habe zu wenig Verteiler. Bei der Schließfachabteilung G fehlten auch Personen. Bei der PMM-Tochterfirma, zu welcher Personen aus dem Jobcenter vermittelt würden, befänden sich zwei Personen, die nicht unter dem Schutz des Behinderteneinstellungsgesetzes stünden. Der Beschwerdeführer sei durchaus in der Lage, den dort notwendigen Portierposten an Stelle dieser Personen zu besetzen. Bei der Handsortierung G fehlten Personen. Im Vorverteildienst und G würde jemand für 20 Stunden (offenbar in der Woche) gesucht. Alle diese Beschäftigungsmöglichkeiten seien offensichtlich von der belangten Behörde nicht geprüft worden.

Die Pensionierung wäre für den Beschwerdeführer eine besondere Härte. Er selbst sei zu 60 % invalid, seine Gattin zu 80 %. Er habe ein Haus zu erhalten und müsse eine 80-jährige Mutter unterstützen, die kein nennenswertes Einkommen besitze. All dies sei mit einem derartig gekürzten Pensionseinkommen, wie es im Fall der Zwangspensionierung zu erwarten sei, nicht möglich. Die Pensionierung würde nicht nur zu einem Einkommensverlust, sondern auch zu einer Delogierung führen. Angesichts dieser schwerwiegenden Folgen ersuche er mit Nachdruck, auf seine Einwendungen einzugehen.

Überdies verweise er auf § 7f BEinstG, er falle nämlich unter dieses Gesetz. Die Ruhestandsversetzung auf Grund eines leicht beeinträchtigten Gesundheitszustandes und differenter Gutachten von Amts wegen stelle eine Diskriminierung wegen des Umstands der Behinderung dar. Bei dem genannten Fall der Tochterfirma PMM bestehe eine Diskriminierung insoweit, als man zwei Personen ohne Behinderung zu Portieren mache, der Beschwerdeführer aber diese Tätigkeit ausüben könnte. Er sei daher wegen seiner Behinderung diskriminiert worden. In allen anderen Fällen gebe es sogar leere Stellen, für die Arbeitnehmer gesucht würden. Wenn man diese dem Beschwerdeführer verweigere und ihn pensionieren wolle, um dann anderen diese Jobs zu geben, liege zweifelsohne jene Behinderung vor, die nach der genannten Gesetzesstelle verboten werde. Der Dienstgeber habe gemäß § 6 Abs. 1a BEinstG die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Menschen mit Behinderung die Ausübung ihres Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen.

Mit Note vom 17. Oktober 2006 räumte die belangte Behörde dem Beschwerdeführer neuerlich zu folgenden, auszugsweise wiedergegebenen Erwägungen, Gehör ein:

"In Ihrem Schreiben vom 11. Oktober 2006 haben Sie ausgeführt, dass ...

Dazu ist festzustellen, dass die letztaktuelle Untersuchung bei der PVA am 12. Jänner 2006 stattgefunden hat und die zusammenfassenden Stellungnahme des Chefarztes am 9. Februar 2006 erstellt wurde. Der Facharzt für Unfallchirurgie, Dr. K, hat Sie am 10. Jänner 2006 untersucht und die Stellungnahme am 9. Februar 2006 erstellt. Der Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, Dr. N, hat die Untersuchung am 11. Jänner 2006 durchgeführt, das medizinische Leistungskalkül am 15. Jänner 2006 erstellt und sein Gutachten am 17. Jänner 2006 abgefasst. Damit steht eindeutig fest, dass Ihre letzte Untersuchung bei der PVA und nicht, wie in Ihrem Schreiben vom 11. Oktober 2006 behauptet, bei den Ärzten des Bundessozialamtes stattgefunden hat. Zu Ihren Ausführungen, dass Ihnen mittelschwere Arbeiten möglich seien, ist festzuhalten, dass Dr. Niederkorn in seinem erstellten medizinischen Leistungskalkül angibt, dass Sie bei Ihrer Tätigkeit nur die Hälfte Ihrer Arbeitszeit unter mittelschwerer psychischer Belastung erbringen können. Dr. K hält für Sie gar nur ein Drittel

Ihrer Arbeitszeit mit mittelschwerer psychischer Belastung für möglich. Sie sind aber auf Ihrem zuletzt ausgeübten Arbeitsplatz - Verteildienst für Inlandspostsendung - körperlich ständiger mittelschwerer Belastung ausgesetzt. Sie sind daher auch nach dem von Dr. K erstellten Gesamtrestleistungskalkül nicht in der Lage, die Anforderungen Ihres Arbeitsplatzes zu erfüllen, da Ihnen nur zu einem Drittel mittelschwere körperliche Belastung zumutbar ist. Gemäß dem von Dr. N erstellten Gesamtleistungskalkül können Sie die Anforderungen Ihres Arbeitsplatzes nicht mehr erfüllen, da Ihnen nur zur Hälfte mittelschwere körperliche Belastung zugemutet werden kann.

Weites hält Dr. N fest, dass Sie Ihre Arbeit nur zur Hälfte der Zeit unter forciertem Arbeitstempo erbringen können und Nachtschichten ausgeschlossen sind. Sie haben aber auf Ihrem Arbeitsplatz unter ständigem überdurchschnittlichen Zeitdruck zu arbeiten und zwar im Tag- und Nachtdienst. Die von Ihnen vorgelegten Gutachten stützen somit nur das Beweisergebnis, dass Sie die Anforderungen Ihres zuletzt ausgeübten Arbeitsplatzes nicht mehr erfüllen können. Durch diese vorgelegten Befundberichte Dris. N und Dris. K wird das von der PVA am 17. Jänner 2006 erstellte Gesamtleistungskalkül bestätigt und Ihre Vorbringen, dass von diesen Ärzten ein ganz anderes Leistungskalkül erstellt wurde, gehen daher ins Leere. Verwunderlich ist auch, dass Sie in Ihrem Schreiben vom 3. August 2006 ausgeführt haben, dass die medizinischen Gutachten der PVA unbestritten richtig sind.

...Unsere diesbezüglichen Erhebungen haben ergeben, dass weder in der Schließfachabteilung G noch G freie Arbeitsplätze bestehen und auch in absehbarer Zeit keine frei werden. Von diesen Dienststellen wurden auf Dauer noch zur vorübergehenden Dienstleistung (Urlaubs-/Krankenersatz) MitarbeiterInnen vom Karriere- und Entwicklungszentrum (KEC) angefordert. Auch bei der Handsortierung bestehen derzeit und auch in absehbarer Zeit keine freien Arbeitsplätze und es werden daher auch keine Personen gesucht. Das Gegenteil ist der Fall, Vollzeitarbeitskräfte werden seit 2002 nicht nachbesetzt und im kommenden Geschäftsjahr werden weitere Arbeitsplätze eingesparrt werden.

... Wie wir Ihnen bereits im Schreiben vom 18. September 2006 mitgeteilt haben, ist eindeutig geklärt, dass Sie entgegen Ihrer Ansicht auf Grund Ihres Gesundheitszustandes den Arbeitsplatz Vorverteildienst - Code 0812 nicht mehr besorgen können. Ausserdem sind Sie keine Teilzeitkraft, sondern vollbeschäftigter Dienstnehmer.

... ist festzuhalten, dass Ihre persönlichen Wohn- und

Besitzverhältnisse bei der gesetzesmäßigen Überprüfung Ihrer dauernden Dienstunfähigkeit keinen Einfluss haben dürfen.

Sie verweisen noch auf § 7f Abs. 2 ... BEinstG ... Dazu ist festzuhalten, dass es im Bereich des Regionalzentrums Graz zwei Arbeitsplätze der Verwendungsgruppe PT 9, Code 0902 - Torwardienst gibt. Diese Arbeitsplätze sind seit Bestehen des Regionalzentrums Graz mit zwei Bediensteten dauernd besetzt und diese Arbeitsplätze werden in absehbarer Zeit nicht frei. Bei der Prüfung einer allfälligen Verweisungsmöglichkeit sind diese Arbeitsplätze nicht in Betracht zu ziehen, da eine Verweisungsmöglichkeit nur auf einen Arbeitsplatz besteht, der zumindest gleichwertig ist (PT 8). Gemäß § 7b BEinstG darf auf Grund einer Behinderung im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Dieses Gesetz lässt aber keine Verpflichtung ableiten, dass allenfalls in Frage kommende Verweisungsarbeitsplätze durch Personalmaßnahmen frei zu machen sind. Denn diese Vorgangsweise würde eine Diskriminierung der nicht behinderten ArbeitnehmerInnen darstellen. Sie wurden nicht diskriminiert und ist das Ruhestandsversetzungsverfahren in Ihrem Fall jedenfalls nicht wegen Ihrer Behinderung gemäß BEinstG eingeleitet worden, sondern deswegen, weil Sie sich bereits im Jahr 2004 202 Kalendertage und im Jahr 2005 153 Kalendertage im Krankenstand befunden haben und anlässlich der anstaltsärztlichen Untersuchung am 19. April 2005 durch die Postanstaltsärztin festgestellt wurde, dass Sie auf Grund Ihres Gesundheitszustandes nicht mehr in der Lage sind, die Anforderungen Ihres Arbeitsplatzes zu erfüllen. In der Folge wurde daher von Amts wegen das Verfahren zur Versetzung in den Ruhestand nach § 14 BDG 1979 eingeleitet.

... ist festzustellen, dass wir, nachdem sich nach unseren

Ermittlungen eindeutig ergeben hat, dass Sie dauernd dienstunfähig im Sinn des § 14 BDG 1979 sind, sehr wohl versucht haben Sie entsprechend Ihren verbliebenen Fähigkeiten und Kenntnissen einzusetzen und sämtliche Verweisungsmöglichkeiten, ohne dass Sie in Ihrer sozialen Stellung absinken, überprüft haben. Wenn aber nach dem Ermittlungsergebnis dauernde Dienstunfähigkeit vorliegt, ist nach den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen die Ruhestandsversetzung zu verfügen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Sie auf Grund Ihres Gesundheitszustandes Ihre bisherigen dienstlichen Aufgaben nicht mehr erfüllen können und Ihnen im Wirkungsbereich Ihrer Dienstbehörde kein anderer freier, mindestens gleichwertiger Arbeitsplatz zugewiesen werden kann. Sie sind daher dauernd dienstunfähig im Sinne des § 14 BDG 1979 und nicht dienstunfähig wegen Ihrer Behinderung."

Der Beschwerdeführer gab hiezu keine Stellungnahme ab.

Mit dem angefochtenen Bescheid entschied die belangte Behörde über die Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG dahingehend, dass der Beschwerdeführer gemäß § 14 Abs.1 BDG 1979 mit Ablauf des 30. November 2006 in den Ruhestand versetzt werde. Im Übrigen wurde die Berufung abgewiesen. Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrens, insbesondere des Inhaltes ihrer Erledigung vom

18. September 2006, der Stellungnahme des Beschwerdeführers sowie ihrer Erledigung vom 11. Oktober 2006 abschließend aus, zum Vorbringen des Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nach dem BEinstG werde Folgendes festgehalten. Das BEinstG unterscheide zwei Arten der Diskriminierung. Einerseits die unmittelbare Diskriminierung im Sinn des § 7c Abs. 1 BEinstG, andererseits die mittelbare Diskriminierung (im Sinn des § 7c Abs. 2 BEinstG). Eine unmittelbare Diskriminierung liege jedenfalls nicht vor, weil in einer vergleichbaren Situation auch andere Bedienstete die gleiche Behandlung erfahren hätten oder erfahren würden wie es im Fall des Beschwerdeführers geschehen sei. Auch eine mittelbare Diskriminierung sei nicht gegeben, weil die Bestimmungen des § 14 BDG 1979 als neutrale Vorschrift Menschen mit Behinderung gegenüber anderen Personen nicht in besonderer Weise benachteiligten, die Bestimmungen durch das rechtmäßige Ziel der Versetzung in den Ruhestand bei vorliegend dauernder Dienstunfähigkeit sachlich gerechtfertigt seien auch die Mittel zur Erreichung dieses Zieles durch das gesetzmäßig geregelte Verfahren angemessen und erforderlich seien.

Nach § 7f Abs. 2 BEinstG sei die Ruhestandsversetzung auf Grund eines Antrages des betroffenen Dienstnehmers für rechtsunwirksam zu erklären, wenn der Beamte wegen einer Behinderung von Amts wegen in den Ruhestand versetzt worden sei. Im Fall des Beschwerdeführers sei das Ruhestandsversetzungsverfahren jedenfalls nicht wegen seiner Behinderung eingeleitet worden, sondern deswegen, weil er sich - wie bereits ausgeführt - bereits im Jahr 2004 202 Kalendertage und im Jahr 2005 153 Kalendertage im Krankenstand befunden habe und nicht mehr dienstfähig gewesen sei. Würde man den Ausführungen des Beschwerdeführers folgen, dass amtswegige Ruhestandsversetzungen von Beamten, die dem Kreis der begünstigten Behinderten angehörten, wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nicht zulässig wären, hätte das zur Folge, dass ein solcher Beamter, der für seine berufliche Tätigkeit auf Grund seiner gesundheitlichen Verfassung dienstunfähig geworden sei und dem mangels freier oder in absehbarer Zeit freiwerdender gleichwertiger Ersatzarbeitsplätze, deren Aufgaben er unter Berücksichtigung seines Leistungskalküls noch zu erfüllen im Stande wäre, ein Ersatzarbeitsplatz nicht zugewiesen werden könne, einerseits unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbotes nicht von Amts wegen in den Ruhestand versetzt werden dürfte, der Dienstgeber aber andererseits den Beamten aber auch nicht einsetzen könne. Insbesondere unter Berücksichtigung des § 7b Abs. 4 BEinstG würde das bedeuten, dass eine amtswegige Ruhestandsversetzung wegen dauernder Dienstunfähigkeit überhaupt nicht mehr möglich bzw. zulässig wäre. Damit wären aber die Bestimmungen des § 14 BDG 1979, soweit sie die Ruhestandsversetzung von Amts wegen betreffen, sinnentleert.

Zusammenfassend werde daher festgestellt, dass weder die Ausführungen in der Berufung noch die im Rahmen des Parteienghört erhobenen Einwendungen geeignet seien, Zweifel an der Dienstunfähigkeit zu erwecken. Im Hinblick auf den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers sei dieser nicht mehr in der Lage, seine dienstlichen Aufgaben im Verteildienst für Inlandspostsendungen zu erfüllen, weil ihm ständig mittelschwere körperliche Tätigkeiten als auch Tätigkeiten mit verantwortungsvollem geistigen Leistungsvermögen, die sehr gute Konzentrationsfähigkeit und überdurchschnittlichen Zeitdruck erforderten sowie Nachtdienste nicht möglich und zumutbar seien. Ein anderer gleichwertiger und frei verfügbarer Arbeitsplatz, dessen Aufgaben er unter Berücksichtigung seines Leistungskalküls noch zu erfüllen im Stande sei und der ihm zugewiesen werden könnte, stehe im Bereich der Dienstbehörde derzeit und auch in absehbarer Zeit nicht zur Verfügung. Damit ergebe sich aber, dass er dauernd dienstunfähig im Sinn des § 14 BDG 1979 sei. Wenn aber nach dem Ermittlungsergebnis dauernde Dienstunfähigkeit vorliege, dann sei nach den zwingenden gesetzlichen Bestimmungen die Ruhestandsversetzung zu verfügen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht verletzt, nicht ohne Vorliegen gesetzlicher Gründe in den Ruhestand versetzt zu werden.

Eine inhaltliche Rechtswidrigkeit sieht der Beschwerdeführer darin, es stehe fest, dass es eine Reihe von anderen Arbeitsplätzen gebe, diese nach den Ermittlungsergebnissen jedoch mit anderen Personen besetzt seien. Der Beschwerdeführer falle auch unter jenen Personenkreis, der dem Behinderteneinstellungsgesetz unterliege. Die belangte Behörde irre, wenn sie meine, dass nur freie Arbeitsplätze für einen Behinderten herangezogen werden dürften, und verkenne den Vorrang der Behinderten, der auf Grund der relativ neuen Bestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes erschlossen werden müsse. Gemäß § 7f Abs. 2 BEinstG dürfe ein Beamter wegen einer Behinderung nicht mehr amtswegig in den Ruhestand versetzt werden. Erfolge dies dennoch, sei sogar diese Ruhestandsversetzung für unwirksam zu erklären. Somit hätte die belangte Behörde diesen besonderen Schutz auch im Ermittlungsverfahren betreffend die anderen vorhandenen Arbeitsplätze insofern berücksichtigen müssen, als nicht nur freie Arbeitsplätze heranzuziehen seien, sondern alle Arbeitsplätze, seien diese auch derzeit mit anderen Personen besetzt. Solange der Behinderte bereit sei, einen der anderen zur Verfügung stehenden Arbeitsplätze zu erfüllen, dürfe er nicht in den Ruhestand versetzt werden. Nach § 8 Abs. 4

lit. a BEinstG sei einem sonstigen Dienstgeber die Weiterbeschäftigung zumutbar, solange der Dienstgeber nicht nachweise, dass der begünstigte Behinderte trotz seiner Zustimmung an einem anderen geeigneten Arbeitsplatz ohne erheblichen Schaden nicht weiter beschäftigt werden könne. Auch hier gehe es nicht darum, ob ein solcher Posten frei sei. Gegebenenfalls müsse er eben durch Versetzung oder sonstige Maßnahmen frei gemacht werden. Die Ansicht der belangte Behörde, es gebe keine Verpflichtung, andere Arbeitsplätze frei zu machen, erweise sich daher angesichts der klaren Wertung des Dienstgebers als unrichtig.

Unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Verfahrensvorschriften bringt der Beschwerdeführer vor, im Sinne der obigen Ausführungen wäre es Pflicht der belangten Behörde gewesen, zwei wesentliche Umstände im Ermittlungsverfahren zu klären. Einerseits gehe es darum, ob die Krankenstände, die als Grund der Pensionierung angeführt wurden, in Verbindung mit der Behinderung stünden. Dies sei selbstverständlich der Fall. Der Ansicht im bekämpften Bescheid, wonach streng zwischen den Krankenständen und der Dienstunfähigkeit einerseits und der Behinderung andererseits unterschieden werden müsse, könne nicht gefolgt werden, insbesondere dann, wenn die Krankenstände und die Dienstunfähigkeit sowie die Eigenschaft als Behinderter auf die selben Leiden zurückzuführen seien. Dazu komme noch, dass die belangte Behörde § 7f Abs. 2 BEinstG völlig vernachlässigt habe. Der Gesetzgeber habe auf Grund des klaren Wortlautes des § 7f Abs. 2 eine Ruhestandsversetzung wegen einer Behinderung ausschließen wollen. Es wäre daher die Pflicht der belangten Behörde gewesen, die aufgezeigten Ersatzarbeitsplätze zu überprüfen und Ermittlungen dahingehend aufzunehmen, ob diese Posten wegen des Vorrangs der Behinderten nicht freigemacht werden könnten.

Die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 2. Dezember 2002, lautet auszugsweise:

"Der Rat der Europäischen Union -

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen

Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 13,

...

in Erwägung nachstehender Gründe:

...

(17) Mit dieser Richtlinie wird unbeschadet der Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen, nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist.

... -

hat folgende Richtlinie erlassen:

Artikel 1

Zweck

Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen ... einer Behinderung ... in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten.

Artikel 2

Der Begriff 'Diskriminierung'

(1) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet 'Gleichbehandlungsgrundsatz', dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf.

(2) Im Sinne des Absatzes 1

a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;

b) liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit

... einer bestimmten Behinderung ... gegenüber anderen

Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn:

i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zu Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich, oder

ii) der Arbeitgeber oder jede Person oder Organisation, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, ist im Falle von Personen mit einer bestimmten Behinderung auf Grund des einzelstaatlichen Rechts verpflichtet,

geeignete Maßnahmen entsprechend den in Artikel 5 enthaltenen Grundsätzen vorzusehen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen.

...

Artikel 3

Geltungsbereich

(1) Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, im Bezug auf

a) die Bedingungen ... für den Zugang zu unselbstständiger

und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, einschließlich des beruflichen Aufstiegs.

...

Artikel 4

Berufliche Anforderung

(1) Ungeachtet des Artikels 2 Absätze 1 und 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

...

Artikel 5

Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung

Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird.

... "

In seinem Urteil vom 11. Juli 2006, C-13/05 - *Navas*, führte der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) in Auslegung der zitierten Richtlinie u.a. aus:

"Zum Begriff 'Behinderung'

39 Der Begriff 'Behinderung' ist in der Richtlinie 2000/78 selbst nicht definiert. Für die Bestimmung dieses Begriffes verweist die Richtlinie auch nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten.

...

43 Die Richtlinie 2000/78 soll Diskriminierungen bestimmter Art in Beschäftigung und Beruf bekämpfen. In diesem Zusammenhang ist der Begriff 'Behinderung' so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigung zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilnahme des Betroffenen am Berufsleben bildet.

44 Mit der Verwendung des Begriffes 'Behinderung' in Artikel 1 dieser Richtlinie hat der Gesetzgeber jedoch bewusst ein Wort gewählt, das sich von dem der 'Krankheit' unterscheidet. Daher lassen sich die beiden Begriffe nicht schlicht und einfach einander gleichsetzen.

45 ... Damit die Einschränkung unter dem Begriff

'Behinderung' fällt, muss daher wahrscheinlich sein, dass sie von langer Dauer ist.

46 Die Richtlinie 2000/78 enthält keinen Hinweis darauf, dass Arbeitnehmer auf Grund des Verbotes der Diskriminierung wegen einer Behinderung in den Schutzbereich der Richtlinie fallen, sobald sich irgendeine Krankheit manifestiert.

...

Zum Schutz von Menschen mit Behinderung auf dem Gebiet der Kündigung.

...

50 Nach Artikel 5 der Richtlinie 2000/78 sind angemessene Vorkehrungen zu treffen, ...

51 Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung bei Entlassungen nach den Artikeln 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 2000/78 steht der Entlassung wegen einer Behinderung entgegen, die unter Berücksichtigung der Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu treffen, nicht dadurch gerechtfertigt ist, dass die betreffende Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist.

..."

§ 14 Abs. 1 und 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333, Abs. 1 in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 820/1995, Abs. 3 in der Fassung des Bundes-Behindertengleichstellungs-Begleitgesetzes, BGBl. I Nr. 90/2006 lautet:

"§ 14. (1) Der Beamte ist von Amts wegen oder auf seinen Antrag in den Ruhestand zu versetzen, wenn er dauernd dienstunfähig ist.

(3) Der Beamte ist dienstunfähig, wenn er infolge seiner gesundheitlichen Verfassung seine dienstlichen Aufgaben nicht erfüllen und ihm im Wirkungsbereich seiner Dienstbehörde kein mindestens gleichwertiger Arbeitsplatz zugewiesen werden kann, dessen Aufgaben er nach seiner gesundheitlichen Verfassung zu erfüllen im Stande ist und der ihm mit Rücksicht auf seine persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse billigerweise zugemutet werden kann."

Den Erläuterungen zum Bundes-Behindertengleichstellungs-Begleitgesetz, 1413 BlgNR 22. GP 1 (Vorblatt), zufolge sollen im Zusammenhang mit dem am 6. Juli 2005 vom Nationalrat beschlossenen Behindertengleichstellungspaket (BGBl. I Nr. 82/2005), das am 1. Jänner 2006 in Kraft getreten ist, sämtliche Bestimmungen in der Rechtsordnung beseitigt werden, die Menschen mit Behinderungen benachteiligen bzw. von Menschen mit Behinderungen als benachteiligend empfunden werden können. In Erfüllung des aktuellen Regierungsprogramms 2003 - so die genannten Erläuterungen in ihrem Besonderen Teil, aaO 2, weiter - wird der in den Rechtsvorschriften enthaltene, behinderte Menschen

benachteiligende Begriff "körperliche Eignung" bzw. "körperliche und geistige Eignung" durch den Begriff "gesundheitliche Eignung" bzw. durch den generellen Begriff "Eignung" ersetzt.

Das Behinderteneinstellungsgesetz, BGBl. Nr. 22/1970 - BEinstG, lautet, soweit im Beschwerdefall von Relevanz, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 82/2005:

"Behinderung

§ 3. Behinderung im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen, die geeignet ist, die Teilnahme am Arbeitsleben zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.

...

Angemessene Vorkehrungen und Förderungsmaßnahmen

§ 6. (1) Dienstgeber haben bei der Beschäftigung von begünstigten Behinderten auf deren Gesundheitszustand jede nach Beschaffenheit der Betriebsgattung und nach Art der Betriebsstätte und der Arbeitsbedingungen mögliche Rücksicht zu nehmen. Das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen hat einvernehmlich mit den Dienststellen des Arbeitsmarktservice und mit den übrigen Rehabilitationsträgern dahingehend zu wirken und zu beraten, dass die Behinderten in ihrer sozialen Stellung nicht absinken, entsprechend ihren Fähigkeiten und Kenntnissen eingesetzt und durch Leistungen der Rehabilitationsträger und Maßnahmen der Dienstgeber soweit gefördert werden, dass sie sich im Wettbewerb mit Nichtbehinderten zu behaupten vermögen.

(1a) Dienstgeber haben die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Menschen mit Behinderungen den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Dienstgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch Förderungsmaßnahmen nach bundes- oder landesgesetzlichen Vorschriften ausreichend kompensiert werden kann.

...

Schutz vor Diskriminierung in der Arbeitswelt - Geltungsbereich

§ 7a. (1) Die Bestimmungen der §§ 7b bis 7q gelten für den Bereich der Arbeitswelt; dazu zählen

...

(2) Die Bestimmungen der §§ 7b bis 7q gelten weiters für

1. öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zum Bund,

...

Diskriminierungsverbot

§ 7b. (1) Aufgrund einer Behinderung darf im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis gemäß § 7a Abs. 1 Z 1, Abs. 2 und 4 sowie in der sonstigen Arbeitswelt im Sinne es § 7a Abs. 1 Z 2 bis 4 niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

...

7. bei der Beendigung des Dienstverhältnisses,

...

Diskriminierung

§ 7c. (1) Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat, oder erfahren würde.

(2) Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche Menschen mit Behinderungen gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sowie Merkmale gestalteter Lebensbereiche sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.

(3) Bei Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einer Behinderung steht, liegt dann keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt, und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

...

Rechtsfolgen der Diskriminierung im Zusammenhang mit der Beendigung eines Dienstverhältnisses

§ 7f. (1) ...

(2) Ist das Dienstverhältnis eines Beamten wegen einer Behinderung oder wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Bundesgesetz gekündigt oder vorzeitig beendet worden, oder ist der Beamte wegen einer Behinderung amtswegig in den Ruhestand versetzt worden, so ist die Kündigung, Entlassung oder Ruhestandsversetzung auf Grund eines Antrages des betroffenen Dienstnehmers für rechtsunwirksam zu erklären.

...

Geltendmachung von Ansprüchen von Beamten

§ 7l. (1) Ansprüche von Beamten gemäß §§ 7e bis 7g und gemäß § 7i Abs. 2 können bei der Dienstbehörde nur geltend gemacht werden, wenn in der Sache vorher beim Bundessozialamt ein Schlichtungsverfahren gemäß §§ 14 ff BGStG durchgeführt wurde. Die Geltendmachung durch Beamte bei der Dienstbehörde ist nur zulässig, wenn nicht längstens innerhalb von drei Monaten, im Fall einer Kündigung oder Entlassung innerhalb von einem Monat ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens eine gütliche Einigung erzielt worden ist. Liegt es im Ermessen der Behörde, über die Rechtsfrage mittels Bescheides zu entscheiden, ist ein Antrag auf Bescheiderlassung erst nach Beendigung des Schlichtungsverfahrens zulässig. Die Dienstbehörde ist verpflichtet, an einer Schlichtung mitzuwirken und dem Bundessozialamt die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

(2) Die Dienstbehörde hat im Verfahren Abs. 1 und 3 bis 6 sowie §§ 7b bis 7g, 7i, 7j, 7m und 7o dieses Bundesgesetzes unmittelbar anzuwenden.

(3) Werden nach Beendigung eines Schlichtungsverfahrens Ansprüche geltend gemacht, die eine diskriminierende Entscheidung mittels Bescheides betreffen, und steht ein ordentliches Rechtsmittel offen, hat die Geltendmachung von Ansprüchen im Zuge des Rechtsmittels zu erfolgen. Entscheidet die Dienstbehörde in erster und letzter Instanz, kann die Geltendmachung binnen 14 Tagen ab Bescheidzustellung mittels Antrages auf Erklärung der Rechtsunwirksamkeit der diskriminierenden Entscheidung erfolgen. Die Dienstbehörde hat im Fall einer diskriminierenden Entscheidung den erlassenen Bescheid aufzuheben und die Rechtsfrage neu zu entscheiden.

(4) Außer den in Abs. 3 geregelten Fällen gelten für die Geltendmachung von Ansprüchen bei der Dienstbehörde folgende Fristen:

1. in Fällen nach § 7e sechs Monate ab der Ablehnung der Bewerbung oder Beförderung;
2. im Fall einer Kündigung, Entlassung oder amtswegigen Ruhestandsversetzung gemäß § 7f oder § 7i Abs. 2 14 Tage ab Zugang;
3. in Fällen nach § 7g gilt die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 1486 ABGB.

(5) Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens (§ 14 Abs. 2 BGStG) bewirkt die Hemmung der Fristen zur Geltendmachung bei der Dienstbehörde sowie ordentlicher oder außerordentlicher Rechtsmittelfristen. Die Zustellung der Bestätigung des Bundessozialamts an die eine Diskriminierung behauptende Person, dass keine gütliche Einigung erzielt werden konnte (§ 14 Abs. 3 BGStG), beendet die Hemmung der Fristen zur

Geltendmachung. Die Bestätigung ist auf Antrag oder, wenn nach Ablauf der Frist gemäß Abs. 1 eine Einigung nicht mehr zu erwarten ist, amtswegig auszustellen.

(6) Nach Zustellung der Bestätigung steht der betroffenen Person im Fall einer Kündigung oder Entlassung zur Geltendmachung jedenfalls noch eine Frist von 14 Tagen offen. In Fällen, in denen eine ordentliche oder außerordentliche Rechtsmittelfrist gehemmt wurde, steht jedenfalls noch diese offen. In allen anderen Fällen steht zumindest noch eine Frist von drei Monaten offen.

(7) Kommt es im Schlichtungsverfahren zu keiner gütlichen Einigung, kann das Bundessozialamt nach Durchführung der entsprechenden Ermittlungen auf Ersuchen der betroffenen Person eine Stellungnahme über das Vorliegen einer Diskriminierung abgeben."

§ 8 BEinstG trifft Bestimmungen über die Kündigung eines Dienstverhältnisses eines begünstigten Behinderten.

Die ErläutRV zur Änderung u.a. des Behinderteneinstellungsgesetzes, 836 BlgNR 22. GP 1, führen in ihrem Vorblatt aus,

"Im Hinblick auf das EU-Recht ist eine gesetzliche Bestimmung betreffend die Verhinderung von Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen in der Arbeitswelt erforderlich. Die Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, die Diskriminierungen auf Grund der Religion oder einer Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verbietet, ist durch die geltende österreichische Rechtslage im Bereich der Bundeskompetenz für den Personenkreis der Menschen mit Behinderungen noch nicht ausreichend erfüllt".

In ihrem Besonderen Teil, aaO 13 ff, führen die zitierten ErläutRV unter anderem aus:

"Zu ... (§6):

Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG sieht in ihrem Artikel 5 eine Verpflichtung von Dienstgebern ... vor.

Zu § 7c:

...

Die Ausnahmebestimmung des Abs. 3 muss in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH bei vergleichbaren Diskriminierungen anderer Personengruppen besonders eng ausgelegt werden. Die Definition eines mit einer Behinderung in Zusammenhang stehenden Merkmals als wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung für eine bestimmte Position kann sich nur auf Kernaufgaben des Arbeitsvertrags beziehen. So kann z.B. ein erwartetes Image von Sportlichkeit bei einem Handelsvertreter für Sportartikel sicherlich keinen Ausschluss eines Rollstuhlfahrers für diese Position begründen.

...

Zu § 7f:

Kündigung von begünstigten Behinderten fallen weiterhin in die Zuständigkeit der Behindertenausschüsse (Abs. 3).

§ 105 des Arbeitsverfassungsgesetzes wird durch das besondere Anfechtungsverfahren nicht berührt. Da es sich beim Anfechtungsrecht gem. § 105 ArbVG ...

...

Zu § 7l:

Die Geltendmachung der Ansprüche von Beamten wurde weitgehend den Bestimmungen des B-GBG nachgebildet. Abweichend geregelt ist die zwingende Durchführung des Schlichtungsverfahrens (Abs. 1). Zur kürzeren Schlichtungsdauer im Falle einer Kündigung oder Entlassung wird auf die Erläuterungen zu § 7k Abs. 1 verwiesen.

Die Dienstbehörden haben im Verfahren die das Diskriminierungsverbot regelnden Bestimmungen des BEinstG unmittelbar anzuwenden (Abs. 2), d.h. sie haben das Vorliegen einer Diskriminierung festzustellen und gegebenenfalls über die Höhe eines Schadenersatzes abzusprechen.

Abs. 3 regelt den Weg der Geltendmachung. Die Geltendmachung hat - wenn ein solches offen steht - im ordentlichen Rechtsmittel zu erfolgen. Steht ein solches nicht offen, soll der Antrag auf Erklärung der Rechtsunwirksamkeit die Funktion eines nicht aufsteigenden Rechtsmittels erfüllen, um beispielsweise Beamten von Zentralstellen, wo die Dienstbehörde in erster und letzter Instanz entscheidet, die Möglichkeit einer Überprüfung einer Entscheidung außerhalb der Beschwerdemöglichkeit an die Höchstgerichte einzuräumen. Abs. 3 ist jedenfalls im Zusammenhang mit Abs. 5 zu lesen, wonach die Einleitung des Schlichtungsverfahrens alle Fristen zur Geltendmachung, sohin auch Verfahrensfristen (Rechtsmittelfristen) hemmt, soweit sie für die Frage der Geltendmachung relevant sind.

Zu Abs. 4: Die Fristen für die Geltendmachung von Ansprüchen sind vergleichbaren Bestimmungen des B-GBG nachgebildet.

Zu Abs. 5: Auch in der hoheitlichen Vollziehung sollen Ansprüche aus einer Diskriminierung - wenn möglich - einer gütlichen Einigung zugeführt werden. Aus diesem Grund erfolgt die gegenständliche Frsthemmung.

Zu Abs. 6: Das Schlichtungsverfahren hemmt die Verjährungsfristen und Rechtsmittelfristen nicht nur in ihrem Lauf, sondern verlängert unter Umständen die Frist zur Geltendmachung, um im Fall einer gescheiterten Schlichtung dem Betroffenen noch angemessene Zeit zur Erwägung weiterer Schritte einzuräumen. Die kürzere Frist im Falle einer Kündigung oder Entlassung ergibt sich aus dem besonderen Interesse sowohl des Dienstgebers als auch des Dienstnehmers betreffend die Frage des aufrechten Bestandes des Dienstverhältnisses und allfällige Rückabwicklungsfragen.

Eine Geltendmachung von Ansprüchen im Wege der Amtshaftung bleibt durch dieses Bundesgesetz unberührt."

Die Beschwerde lässt die Feststellungen des angefochtenen Bescheides betreffend den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers, insbesondere über die dadurch bedingte dauernde Beschränkung seiner Leistungsfähigkeit, und sein dadurch bedingtes Unvermögen, die dienstlichen Aufgaben an dem ihm zuletzt zugewiesenen Arbeitsplatz zu erfüllen, unberührt. Während die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid den Standpunkt einnimmt, die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes nach § 14 Abs. 3 BDG 1979 scheide deshalb aus, weil die in Betracht kommenden Arbeitsplätze besetzt seien, vertritt der Beschwerdeführer die Ansicht, dass als Verweisungsarbeitsplatz im Sinn des § 14 Abs. 3 BDG 1979 nicht nur freie Arbeitsplätze heranzuziehen seien, sondern alle, seien diese auch derzeit besetzt. Gegebenfalls müsse ein anderer Verweisungsarbeitsplatz durch Versetzung oder sonstige Maßnahmen "frei gemacht werden".

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 14 Abs. 3 BDG 1979 in seiner Stammfassung (d.h. vor der Novellierung durch das Bundes-Behindertengleichstellungs-Begleitgesetz) sind bei Vorhandensein einer Restarbeitsfähigkeit des Beamten vorerst alle Tätigkeiten der in Betracht kommenden Verwendungsgruppe und deren Anforderungen in physischer und psychischer Hinsicht im Wirkungsbereich der Dienstbehörde anzuführen und dazu anzugeben, ob der Beamte auf Grund seiner festgestellten Restarbeitsfähigkeit im Stande ist, diese Tätigkeiten auszuüben, wobei es vorerst nicht darauf ankommt, ob diese Arbeitsplätze frei sind (Prüfung der Verweisungstauglichkeit). Wenn sich herausstellt, dass der Beamte auf Grund seiner Restarbeitsfähigkeit überhaupt keine der Verwendungen der betreffenden Verwendungsgruppe wahrnehmen kann, so darf die Behörde vom Nichtvorliegen von Verweisungsarbeitsplätzen und der Unmöglichkeit eines Vorgehens nach § 14 Abs. 3 leg. cit. ausgehen. Ergibt die Prüfung hingegen, dass Verweisungsarbeitsplätze existieren, so ist weiter zu prüfen, ob diese in Frage kommenden Verweisungsarbeitsplätze zumindest gleichwertig sind und dem Beamten mit Rücksicht auf die persönlichen, familiären und sozialen Verhältnisse billigerweise zugemutet werden können. Die solcherart ermittelten Verweisungsarbeitsplätze sind schließlich auf ihre Verfügbarkeit zu prüfen. Erst wenn auch diese Prüfung ergibt, dass auf Dauer kein freier Verweisungsarbeitsplatz für den Beamten zur Verfügung steht, kann davon ausgegangen werden, dass die Zuweisung eines solchen nicht erfolgen und der Beamte nach § 14 Abs. 3 leg. cit. nicht als dienstfähig angesehen werden kann. Das Ergebnis dieser Prüfung ist dem Beamten mit einer nachvollziehbaren Begründung mitzuteilen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 2. Juli 2007, Zl. 2006/12/0131, mwN).

Daran hat weder die Neufassung des § 14 Abs. 3 durch das Bundes-Behindertengleichstellungs-Begleitgesetz noch die Änderung des Behinderteneinstellungsgesetzes durch die Novelle BGBl. I Nr. 82/2005 etwas geändert.

§ 7f Abs. 2 BEinstG sieht als besondere Rechtsfolge der Diskriminierung im Zusammenhang mit der Ruhestandsversetzung des Beamten vor, dass diese Maßnahme auf Grund eines Antrages des betroffenen Dienstnehmers für rechtsunwirksam zu erklären ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerde gebietet das Behinderteneinstellungsgesetz aber weder in seinem § 7f Abs. 2 noch an anderer Stelle, einen - nach der eingangs dargelegten Prüfung allenfalls in Betracht kommenden - Verweisungsarbeitsplatz im Sinn des § 14 Abs. 3 BDG 1979 dadurch zur Verfügung zu stellen, dass der derzeitige Inhaber dieses Arbeitsplatzes im Wege einer Personalmaßnahme von diesem Arbeitsplatz entfernt werden müsste.

Abgesehen vom zentralen Verbot der Diskriminierung nach § 7b und §7c BEinstG sowie der Belästigung nach § 7d BEinstG normiert dieses Gesetz im Weiteren besondere Rechtsfolgen einer verpönten Diskriminierung, in seinem § 7f jene im Zusammenhang mit der Beendigung eines Dienstverhältnisses. § 7l BEinstG regelt die Geltendmachung dieser besonderen Ansprüche nach diesem Gesetz durch Beamte, ohne damit aber den Diskriminierungsverboten in anderen dienstrechtlichen Verfahren die Maßgeblichkeit zu nehmen. Wie die zitierten ErläutRV zu § 7l Abs. 3 BEinstG verdeutlichen, hat die Geltendmachung einer verpönten Diskriminierung "im ordentlichen Rechtsmittel" - wenn ein solches offen steht - zu erfolgen, steht ein solches nicht offen, soll der Antrag auf Erklärung der Rechtsunwirksamkeit die Funktion eines nicht aufsteigenden Rechtsmittels erfüllen. Dies bedeutet, dass die belangte Behörde im Zuge des vorliegenden Ruhestandsversetzungsverfahrens verpflichtet war, von Amts wegen unter anderem zu prüfen, ob in der Ruhestandsversetzung des Beschwerdeführers wegen dessen gesundheitlicher Verfassung eine verpönte Diskriminierung liegt.

In diesem Zusammenhang kann der Beurteilung der belangten Behörde im Ergebnis nicht entgegengetreten werden, wenn sie keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach dem BEinstG sah, weil nach § 7c

Abs. 3 BEinstG dann keine Diskriminierung vorliegt, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche oder entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt, und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Im Beschwerdefall ist dem Beschwerdeführer unstrittig die gesundheitliche Eignung für die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben abzusprechen, die jedoch nach der Art der beruflichen Tätigkeit am zuletzt innegehabten Arbeitsplatz eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellte. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, dass es sich bei dem Erfordernis der gesundheitlichen Verfassung zur Erfüllung der dienstlichen Aufgaben im Sinn des § 14 Abs. 3 BDG 1979 um einen nicht rechtmäßigen Zweck oder eine unangemessene Anforderung handelte.

Eine von der Beschwerde intendierte Schaffung eines Verweisungsarbeitsplatzes im Zuge des Ruhestandsversetzungsverfahrens ist aber insbesondere durch § 7f Abs. 2 BEinstG nicht geboten.

§ 8 BEinstG regelt die Kündigung begünstigter Behinderter und betrifft daher nicht die Ruhestandsversetzung eines Beamten, sodass auch daraus für den Beschwerdeführer nichts zu gewinnen ist.

Eine Verpflichtung des Dienstgebers, Verweisungsarbeitsplätze "freizumachen", kann auch nicht aus § 6 Abs. 1a BEinstG abgeleitet werden, die den zitierten ErläutRV zufolge eine Umsetzung des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG darstellt, weil Voraussetzung aller Vorkehrungen die Angemessenheit darstellt und die Beendigung eines anderen (Aktiv-)Dienstverhältnisses zu Gunsten jenes des Behinderten eine Diskriminierung des anderen Dienstnehmers darstellen würde. Wie aus dem eingangs wiedergegebenen Erwägungsgrund zur Richtlinie 2000/78/EG erhellt, geht die Verpflichtung des Dienstgebers zu angemessenen Vorkehrungen nicht so weit, dass ihm etwa die Weiterbeschäftigung einer (behinderten) Person vorgeschrieben wäre, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist.

Vor diesem Hintergrund entbehren die in der Beschwerde geltend gemachten Verfahrensmängel einer Relevanz. Soweit der Beschwerdeführer auch eine Berücksichtigung der "Krankstände" in dem Jahr 2004 und 2005 fordert, würde dies an der Beurteilung seiner (eingeschränkten) gesundheitlichen Verfassung an Hand des eingeschränkten Gesamtleistungskalküls und damit an seiner Dienstunfähigkeit im Sinn des § 14 Abs. 3 BDG 1979 nichts ändern.

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

Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 17. Dezember 2007