

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

17.12.2007

Geschäftszahl

2007/12/0058

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Nowakowski, Dr. Thoma und Dr. Pfiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Zykan, über die Beschwerde des U in B, vertreten durch Dr. Vera Kremslehner, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Singerstraße 12/9, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 9. Februar 2007, Zl. IVW3-BE-3060401/054-2007, betreffend Vorstellung i.A. Abweisung eines Antrages auf Versetzung in den dauernden Ruhestand (mitbeteiligte Partei: Stadtgemeinde B), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Niederösterreich hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der 1962 geborene Beschwerdeführer steht als dienstführender Gemeindevachebeamter der Verwendungsgruppe E2a und des Dienstzweiges 89 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur mitbeteiligten Stadtgemeinde.

Mit Eingabe vom 22. November 2005 beantragte er seine Versetzung in den dauernden Ruhestand.

Im Zuge des auf Grund dieses Antrages durchgeführten dienstbehördlichen Verfahrens berief sich der Beschwerdeführer auf zahlreiche Beeinträchtigungen seines Gesundheitszustandes. Die Dienstbehörde holte auf Grund des Vorbringens des Beschwerdeführers zahlreiche Gutachten verschiedener Fachärzte ein. In diesem Zusammenhang wird auf die Wiedergabe dieser Gutachten in der unten zitierten Begründung des Bescheides des Gemeinderates der mitbeteiligten Stadtgemeinde vom 20. September 2006 verwiesen.

Folgende für das gegenständliche verwaltungsgerichtliche Verfahren bedeutsame Umstände seien hier hervorgehoben:

Der Beschwerdeführer legte der Dienstbehörde mehrfach ärztliche Bescheinigungen über seine Arbeitsunfähigkeit vor, welche durch den Facharzt für Neurologie und Psychiatrie Dr. K ausgestellt wurden.

Darüber hinaus liegt eine ärztliche Bescheinigung dieses Facharztes vom 21. Februar 2006 in den Verwaltungsakten, in welcher dieser zu folgender Beurteilung gelangt:

"Es liegt somit eine hochgradige Störung des gesamten Kauapparates nach einem Trauma vor. Diese Störungen führen auch reflektorisch zu einer Mitbeteiligung der Halswirbelsäule mit muskulär bedingten Gelenkdysfunktionen über den spinalen Ast des N. Trigemini. Vorliegende Störungen der HWS zeigen sich auch durch eine Hyperpathie der Segmente C3/4 li."

In den Verwaltungsakten findet sich weiters ein "Zwischenbericht" des Facharztes für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde Dr. D vom 29. März 2006, in welchem er der Dienstbehörde zunächst für die Beauftragung mit einem "privaten Sachverständigengutachten" dankt und folgenden "Zwischenbericht" erstattet:

"1. Zwischenbericht

Ich habe heute *den Beschwerdeführer* in meiner Praxis eingehend aus zahnärztlicher Sicht untersucht. Erste Messungen haben ergeben:

- UK-Mitte gegenüber OK-Mitte im habituellen Schlussbiss ca. 1 mm nach links verschoben

- Bei Protrusion (UK-Vorschub) bis in Kantbiss-Stellung der Fronten beträgt die Linksverschiebung des UK gegenüber dem OK ca. 2 mm
- Laterotrusion (Seitschub des UK) nach rechts ist bei Führung über die Zähne 43 und 44 möglich
- Laterotrusion (Seitschub des UK) nach links ist unmöglich
- Schmerzfrequie Mundöffnung bis zu einem Inzisalabstand (Vertikalabstand der mittleren Schneidezähne des OK und UK) von 17 mm möglich
- Maximale Mundöffnung w.o. wegen Schmerzen nur für wenige Sekunden möglich: 22 mm
- Extreme Verspannungen der gesamten Kaumuskulatur, die teilweise den Charakter von Kontrakturen darstellen
- Es steht eindeutig fest, dass die im Zuge des Unfalltraumas erlittenen Verletzungen im rechten Kiefergelenksbereich zu **schweren Störungen der Kiefergelenksfunktion** geführt haben.
- Große Anteile der **Nacken-, Schulter- und Rückenmuskulatur** reagieren sekundär mit und führen zu **äußerst schmerzhaften Verkrampfungen** bis hin zu Myogelosen ('Muskelhartspann')

Im Hinblick auf weitere von *dem Beschwerdeführer* geplante Therapieversuche konnte ich Folgendes in Erfahrung bringen:

- Am 20.04.2006 erfolgt eine **MRT-Untersuchung** an der Röntgen-Abt. des AKH, W
- Dieses MRT (Magnet-Resonanz-Tomogramm) wird von **Herrn Prof. U**, Kieferchirurgie des AKH, W befundet. Prof. U ist ein namhafter Kiefergelenkschirurg. Er wird nach Befundung des MRT darüber entscheiden, ob ein **chirurgischer Eingriff** beim *Beschwerdeführer* sinnvoll ist oder nicht.
- Wenn eine - auch geringe - Chance besteht, die derzeitige Situation zu verbessern, wird *der Beschwerdeführer* im Einvernehmen mit Prof. U diese Chance ergreifen.

Meine weitere Vorgangsweise wird sein:

- Nach dieser Operation bzw. auch dann, wenn sie nicht durchgeführt wird, werde ich *den Beschwerdeführer* noch zusätzlich **Herrn Prof. Sl** vorstellen, mit dem ich bereits ein vorführendes Gespräch diesbezüglich geführt habe. Dieser ist bekanntlich ein weltweit anerkannter Spezialist auf dem Gebiet der Erkrankungen des Kiefergelenks.
- Prof. Sl verfügt über die allermodernsten Anlagen, um die **Funktionsstörungen des Kiefergelenks genauest erfassen und dokumentieren zu können**.

Erst nach diesen Untersuchungsergebnissen wird es mir möglich sein, über die massiven Störungen der Kaumuskulatur, der Kiefergelenksfunktion und der damit verbundenen Funktionsstörungen von Nackenmuskulatur und Halswirbelsäule eine eindeutige Stellungnahme abgeben zu können."

Schließlich erstattete der Facharzt für Psychiatrie und Neurologie Prof. Kr am 10. Mai 2006 ein neurologischpsychiatrisches Sachverständigengutachten (welches auch im Sinne einer "Gesamtbegutachtung" auf die bisher eingeholten Gutachten aus anderen Bereichen Bezug nehmen sollte).

In diesem Gutachten gelangte der Sachverständige zusammenfassend zum Ergebnis, dass sich beim Beschwerdeführer ein neurologisch altersgemäßer Befund finde. Rein fachbezogen wäre der Untersuchte in der Lage, alle körperlichen Arbeiten zu den üblichen Arbeitszeiten und -pausen unter städtischen und ländlichen Anmarschbedingungen auszuüben. Die Beurteilung des Kiefergelenkes falle in den Bereich eines Sachverständigen für Kiefermaxiliarchirurgie. Die Funktionsstörungen der Halswirbelsäule fielen in die Beurteilung eines Sachverständigen für Chirurgie. Zur Beurteilung der geistigen Leistungsfähigkeit sei ein sogenannter Büro- und Arbeitstest bei Univ.-Prof. Dr. M angezeigt. Es ergebe sich daher die Notwendigkeit einer Beurteilung durch die genannten Sachverständigen. Eine zusammenfassende medizinische Begutachtung sei insbesondere im Hinblick auf die fehlende Beurteilung des "Kiefergelenkes" nicht möglich.

Über Auftrag der Dienstbehörde erstattete der Arbeitsmediziner Dr. Sch am 26. Juli 2006 eine Arbeitsmedizinische Stellungnahme wie folgt:

"Im Wesentlichen wurden die Sachverständigengutachten zu oben

angeführten Themen eingesehen.

Krankheitsdiagnosen / Themenkreise:

1. Schalltrauma li Ohr 2003; Minderung der Hörleistung li mit nicht völlig gesichertem Zusammenhang mit dem Schalltrauma
2. Osteomyelitis der li UE als Säugling
3. Verkehrsunfall 1992 Fraktur Kiefer, li Handgelenk
4. Beschwerden Stützapparat
5. Hüftgelenksbeschwerden
6. Hautekzem (irritative Kontaktdermatitis)
7. Hypertonie seit 2003

Prinzipiell erscheint es aufgrund der eingesehenen Unterlagen sinnvoll, an eine Änderung der Dienstverwendung dahingehend zu denken, dass *der Beschwerdeführer* vom Dienst mit der Waffe befreit wird.

Was den Innendienst betrifft, so sollte dem Dienstnehmer ein Büro zur Verfügung gestellt werden, welches hauptsächlich von ihm alleine genutzt werden kann. Auf andere Tätigkeiten wird unten eingegangen.

Im Wesentlichen ergeben sich dadurch drei arbeitsmedizinische Themenkreise, wenn man davon ausgeht, dass die Bluthochdruckkrankung durch den Internisten gut eingestellt ist:

1. Themenkreis Gehör / Schwerhörigkeit;

Aufgrund einer Befreiung vom Dienst mit der Waffe läuft *der Beschwerdeführer* nicht mehr Gefahr, dass bei einem Schusswechsel sein krankes Ohr noch mehr in Mitleidenschaft gezogen wird. Das Restrisiko eines Schalltraumas, welcher Art auch immer, unterscheidet sich nicht von dem eines Normalbürgers. Weiters ist durch das hauptsächlichliche Einzelbüro gewährleistet, dass Telefonate ohne Störung durch Gespräche von Kollegen erfolgen können. Die in diesem vorgesehenen Büro herrschenden Umgebungsgeräusche unterscheiden sich nicht von einem ortsüblichen Geräuschpegel.

Maßnahmen dazu:

- Befreiung vom Dienst mit der Waffe
- Büro mit überwiegender Einzelnutzung

2. Themenkreis Haut:

Das irritative Hautekzem ist bei konsequenter fachärztlicher Therapie im Regelfall behandelbar. Im Arbeitsbereich können durch Bereitstellen von Schutzcremes, Spezialseifen und sogar Zwirnhandschuhen, sofern diese Maßnahme nicht ohnedies eine Pflichtleistung der Krankenkasse ist, ein weit gehender Schutz gegen das Wiederaufflammen der Erkrankung erlangt werden. Im Anlassfall sind Problemanalysen durch den Arbeitsmediziner in Zusammenarbeit mit der Universitätsklinik für Arbeitsmedizin am AKH W durchzuführen.

Maßnahmen dazu:

- konsequente Betreuung durch Dermatologen und Arbeitsmediziner
- pH-neutrale Reinigungslotion
- Hautschutzcreme (via Arbeitsmediziner)
- Hautberatung durch Arbeitsmediziner
- Schutzhandschuhe
- Kontakt zum AKH W 3. Themenkreis Bewegungs- und Stützapparat:

Zahlreiche allgemeine und auf den Unfall bezogene Symptome werden angeführt. Das hauptsächlichliche arbeitsmedizinische Problem ist das Vermeiden von langen statischen Arbeitshaltungen und das Ermöglichen von ausreichend langen Erholungspausen.

Maßnahmen dazu:

- Bereitstellen eines ergonomischen Arbeitsplatzes (Haltungswechsel ermöglichen)
- Unterweisung durch Arbeitsmediziner über ergonomisches Verhalten
- Möglichkeit für Pausen bzw. Änderung des Arbeitsflusses
- Als Ausgleich zur sitzenden Tätigkeit auch Arbeitseinsätze mit Gehstrecken im Stadtbereich
- Als Alternative auch Arbeitseinsätze im Kraftfahrzeug
- im Regelfall Einhalten der normalen Tagesarbeitszeit
- Einhaltung einer ausreichend langen Mittagspause von mindestens zwei Stunden zur Erholung"

Als Ergebnis dieses Gutachtens erging an den Beschwerdeführer am 27. Juli 2006 eine vom Stadtsamtsdirektor namens des Bürgermeisters gefertigte schriftliche Weisung, in welcher eine Änderung seines Tätigkeitsbereiches angeordnet wurde. Insbesondere wurde der Beschwerdeführer vom Dienst mit der Waffe, vom Exekutivdienst sowie vom Tragen der Uniform befreit. Er wurde gleichzeitig von seinen Aufgaben als Dienstgruppenkommandant der Dienstgruppe der Stadtpolizei B entbunden. Es wurde ausgesprochen, dass seine Dienststelle grundsätzlich das Wachzimmer der Stadtpolizei im Rathaus sei. Den "Unterweisungen des Arbeitsmediziners" sei Folge zu leisten.

Am 5. September 2006 erhob der Polizeiarzt Dr. S folgenden Befund:

"Der Untersuchungsbefund deckt sich mit den diversen Befunden der Fachärzte für Neurologie, Ortho, HNO, Derma; es wird auch noch auf den Befund vom 22.8.2006 d. LKH B bzgl. der alten Verletzung des li. Handgelenkes verwiesen.

Dem Untersuchten sind die Untersuchungen für die geplanten Operationen (Zahnimplantate, Kiefergelenk, li. Handgelenk) zu ermöglichen, wenn unbedingt erforderlich, nötigenfalls auch in der Dienstzeit."

Er gelangte zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer ab 7. September 2006 dienstfähig sei. Dr. S nannte Tätigkeiten, welche vom Beschwerdeführer nicht ausgeübt werden könnten. Darunter wurde "Fußstreifen-Tätigkeiten, welche längeres Stehen und Gehen erfordern", nicht angeführt, wohl aber die nach dem Befund des Sachverständigen Dr. Sch auszuschließenden Tätigkeiten.

In einer Eingabe des Beschwerdeführers vom 5. September 2006 urgierte dieser die Einholung des vom Sachverständigen Prof. Dr. Kr für erforderlich erachteten kiefermaxiliarchirurgischen Sachverständigengutachtens.

Am 8. September 2006 erklärte der Chefarzt der Krankenfürsorge der Beamten der Stadtgemeinde B, Dr. R, den Beschwerdeführer auf seinem verwiesenen Arbeitsplatz (Tätigkeitsbereich) momentan für arbeitsfähig. Eine nähere Begründung hiefür wurde nicht angegeben.

Mit einem am 12. September 2006 übernommenen Schreiben des Stadtpolizeikommandanten vom 6. September 2006 erging an den Beschwerdeführer ein Dienstauftrag betreffend die von ihm durchzuführenden Tätigkeiten, welche die Besetzung von Wachzimmern mit Parteienverkehr, die schriftliche Erstellung von Radaranzeigen, die von den Beamten der Verkehrsgruppe vorbereitet würden sowie Kurzparkzonenüberwachung in der Dauer von mindestens zwei Mal einer Stunde, unterbrochen von der Besetzung des Wachzimmers Rathaus, umfassten.

Mit Bescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Stadtgemeinde vom 20. September 2006 wurde der Antrag des Beschwerdeführers auf Versetzung in den dauernden Ruhestand gemäß § 60 lit. a der Niederösterreichischen GemeindebeamtenDienstordnung 1976, LGBI. 2400 (im Folgenden: GBDO), abgewiesen.

In der Begründung dieses Bescheides heißt es nach Wiedergabe der angewendeten Gesetzesbestimmungen zum Ergebnis des Begutachtungsverfahrens wie folgt:

"Zum Vorbringen des Antragstellers gemäß Ziff. 1) wurde das Gutachten der Universitätsklinik für HNO, objektive Audiometrie vom 7.2.2006 eingeholt und hat dieses ergeben, dass *der Beschwerdeführer* rechtsseitig ein normales Hörvermögen hat und linksseitig eine 100 %ige Verständlichkeit erst ab einer höheren Lautstärke gegeben ist. Die Nervenleitung der aufsteigenden Hörbahn und die auditive zentrale Verarbeitung und Wahrnehmungsfunktion sind beiderseits unbeeinträchtigt. Demgemäß ist Telefonieren ohne Beeinträchtigung möglich, sofern die Beschallung durch das Telefon oder Mobiltelefon rechtsseitig erfolgt. Kommunikation mit Personen in Innenräumen (ausgenommen jenen der Kategorie 'Lärmbetrieb') ist aufgrund des rechtsseitig normalen Gehörs möglich. Im Falle einer Kommunikation im Freien (z.B. verkehrsreiche Straße) kann die Kommunikationsfähigkeit bei großem Verkehrslärm aufgrund des linksseitigen Intensitätsverlustes eingeschränkt sein. Der Tinnitus ist kompensierbar und verdeckbar. Von Lärmarbeit als auch von Schießübungen ist Abstand zu nehmen. Aus den Erläuterungen wäre bei ausschließlicher Begründung auf Basis der audiologischen Messergebnisse und der festgestellten auditiven Kommunikationsleistung eine Verwendung in einem Tätigkeitsbereich, welcher dem Innendienst - Verwaltungstätigkeit mit Telefondienst entspricht, nahe liegend.

Im Zuge des Parteiengehörts wird vom Antragsteller ein Erstgutachten Dr. E, Facharzt für HNO vom 11.5.2005 vorgelegt, welches feststellt, dass die Hörstörung in ihrer Genese nicht völlig klar ist, bei einer Zuerkennung der Schwerhörigkeit als unfallkausal (Ereignis vom Nov. 2003) ein gewisser Unsicherheitsfaktor bleibt, ihm wird unter Punkt 9) die sofortige Dienstfähigkeit attestiert.

Zu 2) wurde ein Gutachten des beeideten Sachverständigen für Orthopädie und orthopädische Chirurgie OA Dr. Re vom 17.3.2006 eingeholt, welches zusammenfassend ergab, dass der Antragsteller aus orthopädischer Sicht sowohl für den Innendienst als auch für den Außendienst einsetzbar ist, dies ohne die Notwendigkeit vermehrter Pausen oder Haltungswechsel. Nur Arbeiten, die ein endlagiges Kopfbewegen erforderlich machen (Drehen des Kopfes bei Fixierung des Oberkörpers), sind auf Grund der Funktionseinschränkung der Halswirbelsäule nicht möglich.

Die vom Antragsteller behaupteten Verdrehungen in den Fingern aufgrund der Heberden Arthrose, welche eine Abnützungserscheinung bezeichnet (siehe Ziff. 5) wurde vom Sachverständigen nicht bestätigt.

Entsprechend der zu 3)

vorgebrachten Erkrankungen wurde der beeidete Sachverständige für Zahn-, Mund und Kieferheilkunde Herr Dr. Dipl. Ing. D mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt und ergab der erste Zwischenbericht vom 29.3.2006, dass die im Zuge des Unfalltraumas (Unfall im Jahr 1982) erlittenen Verletzungen im rechten Kiefergelenk zu schweren Störungen der Kiefergelenksfunktion geführt haben. Zur Frage der dauernden Dienstunfähigkeit führt der Gutachter aus, dass es im Hinblick auf weitere vom *Beschwerdeführer* geplante Therapieversuche vom Erfolg der Operation des Kiefergelenks durch Herrn Prof. U (AKH) abhängt, ob vorhandene Schmerzzustände entscheidend gebessert werden können. Diese Operation soll aber erst nach dem Setzen dreier Implantate (anstelle der im Jahr 1982 unfallkausal verloren gegangenen Zähne) durchgeführt werden. Erst danach kann ein abschließendes Gutachten abgegeben werden.

Eine Nachfrage bei Herrn Dr. D, ob *der Beschwerdeführer* die 3 Implantate bereits setzen ließ ergab, dass *der Beschwerdeführer* Herrn Dr. D telefonisch am 11.7. und sodann ergänzend schriftlich am 12.7.2006 mitgeteilt hat, er könne sich vorderhand diese 3 Implantate nicht leisten, er werde erst die Versicherung des seinerzeitigen Unfallverursachers klagen. Diese von ihm lediglich mit den hohen Kosten des Arztes seiner Wahl begründete Unterlassung ist der ausschließliche Grund, dass die Erstellung eines abschließenden kieferchirurgischen Gutachtens bis dato nicht möglich war.

Dass der *Beschwerdeführer* die abgesprochenen erforderlichen Eingriffe (Setzung der 3 Implantate) nicht innerhalb von 5-6 Monaten in Angriff genommen hat, er sich jedoch um eine finanzielle Hilfestellung weder bei der Dienstgeberin noch bei der für ihn zuständigen Krankenversicherung bemüht hat, legt den Schluss nahe, dass die Beeinträchtigung möglicher Weise nicht so massiv sei, wie von ihm ursächlich behauptet. Zum Vorbringen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten, sich die drei Implantate setzen zu lassen, ist jedoch auch festzuhalten, dass der *Beschwerdeführer* Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter der 'U GmbH' ist, welche erst kürzlich ihren Sitz vom Keller des Wohnhauses des Antragstellers in eigene zentrumsnähere Büroräumlichkeiten in B verlegt hat, sowie auch das von dem *Beschwerdeführer* gefahrenes Fahrzeug der Marke BMW auf eine wirtschaftlich günstige Situation schließen lässt.

Das Unterlassen der dem Dienstnehmer obliegenden Mitwirkungspflicht an der Wiedererlangung der Dienstfähigkeit durch die Teilnahme an einer Krankenbehandlung kann jedoch gemäß der Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes nicht aus wirtschaftlichen Gründen als unzumutbar angesehen werden. Der Antragsteller hat es daher zu vertreten, dass das abschließende Gutachten nicht erstellt werden kann. Die von ihm behauptete dauernde Dienstunfähigkeit konnte daher vom Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Kieferchirurgie bis dato nicht bestätigt werden.

Hinsichtlich der zu 4) vorgebrachten Hypertonie seit 2003 führt der Antragsteller selbst aus, unter Beobachtung eines Internisten zu stehen und medikamentös behandelt zu werden. Eine daraus resultierende Dienstunfähigkeit wurde nicht behauptet.

Betreffend die unter Ziff. 5) vorgebrachte Hauterkrankung wurde ein Gutachten der gerichtlich beeedeten Sachverständigen für Haut- und Geschlechtskrankheiten, Frau Dr. B, eingeholt. Dieses ergab, dass aus dermatologisch-fachlicher Sicht eine gute Prognose für den Probanden besteht, seinen Beruf als Wachebeamter der Stadtgemeinde B trotz seines Leidens weiter erfolgreich auszuüben, wenn er seine Hände cremt und mit (Zwirn-)Handschuhen schützt."

Sodann nahm die Dienstbehörde auf das Gutachten Dris. Kr vom 10. Mai 2006 Bezug und gab wieder, dass ein neurologisch altersgemäßer Befund vorliege. Ein Büro- und Arbeitstest sei empfohlen worden.

Da der *Beschwerdeführer* nach den vorliegenden Gutachten aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr fähig sei, den exekutiven Teil seiner Tätigkeit auszuführen, ohne andererseits überhaupt dienstunfähig zu sein, habe Dr. Sch in seiner arbeitsmedizinischen Stellungnahme Änderungen in der Dienstverwendung vorgeschlagen, welchem Vorschlag mit Weisung vom 27. Juli 2006 entsprochen worden sei.

Die Begutachtungen durch den Polizeiarzt Dr. S sowie durch den Chefarzt Dr. R hätten aktuell Dienstfähigkeit ergeben. Der *Beschwerdeführer* habe auch zwischen 8. und 12. September 2006 tatsächlich Dienst versehen.

Gegen diesen Bescheid erhob der *Beschwerdeführer* Vorstellung an die belangte Behörde.

In diesem Zusammenhang verwies er u.a. auf die aus dem Gutachten Dris. D hervorgehenden Schmerzzustände infolge kieferchirurgischer Probleme und der Notwendigkeit, sich insofern erst nach Einbau von Implantaten und einer nachfolgenden Kieferoperation ein abschließendes Urteil zu bilden. Die genannte Operation werde, so heißt es in der Vorstellung, am 21. November 2006 vorgenommen.

Darüber hinaus wurde gerügt, dass die Dienstbehörde es unterlassen habe, die Ergebnisse des erst am 25. Oktober 2006 durchgeführten Büro- und Arbeitstests abzuwarten.

Darüber hinaus vertrat der *Beschwerdeführer* unter Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 22. Juli 1999, Zl. 98/12/0160, die Rechtsauffassung, schon seine - von der Dienstbehörde unbestrittene - Exekutivdienstuntauglichkeit habe zur Ruhestandsversetzung zu führen.

Die Ergebnisse des arbeitspsychologischen Tests seitens des Sachverständigen Univ. Prof. Dr. M vom 30. Oktober 2006 langten am 3. November 2006 bei der Dienstbehörde ein.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 9. Februar 2007 wurde die Vorstellung des *Beschwerdeführers* als unbegründet abgewiesen.

Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges sowie der maßgeblichen Rechtsvorschriften im Wesentlichen Folgendes aus:

Es lägen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der *Beschwerdeführer* nicht exekutivdiensttauglich sei und daher an seinem - vor der Weisung vom 27. Juli 2006 innegehabten - Arbeitsplatz dauernd dienstunfähig gewesen sei.

Im Hinblick darauf, dass - wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 11. Oktober 2006, Zl. 2005/12/0267, ausgeführt habe - das Dienstrecht den Einsatz eines Beamten des Exekutivdienstes in einer "administrativen" (als Gegensatz zu einer exekutiven) Verwendung grundsätzlich nicht verbiete, sei die mit der Weisung vom 27. Juli 2006 angeordnete schlichte Verwendungsänderung rechtmäßig; in Ansehung des solcherart wirksam zugewiesenen Arbeitsplatzes liege keine (dauernde) Dienstunfähigkeit des *Beschwerdeführers* vor. Die Abweisung des Antrages sei daher zu Recht erfolgt.

Das vom *Beschwerdeführer* in der Vorstellung erwähnte hg. Erkenntnis vom 22. Juli 1999 sei nicht einschlägig, da vorliegendenfalls § 14 Abs. 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979), nicht anwendbar sei.

Gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 9. Februar 2007 richtet sich die vorliegende Beschwerde. Der Beschwerdeführer macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, den angefochtenen Bescheid aus diesen Gründen aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

In den Verwaltungsakten der mitbeteiligten Stadtgemeinde findet sich auch eine an den Verwaltungsgerichtshof gerichtete Gegenschrift vom 24. April 2007, welche gleichfalls die Abweisung der Beschwerde als unbegründet anstrebt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides des Gemeinderates der mitbeteiligten Stadtgemeinde vom 20. September 2006 stand die GBDO in der Fassung der Novelle LGBL 2400-42 in Kraft.

§ 29 Abs. 1 und 2 lit. a GBDO lautet:

§ 29

Besondere Pflichten

(1) Der Gemeindebeamte ist zur Durchführung der Aufgaben des Dienstzweiges, in den er aufgenommen wurde, verpflichtet. Wenn es jedoch der Dienst erfordert, so kann der Bürgermeister ihn unter Berücksichtigung seiner Eignung auch zur Verrichtung der Aufgaben eines anderen Dienstzweiges vorübergehend heranziehen.

(2) Der Gemeinderat kann mit Dienstauftrag einen Gemeindebeamten ohne Änderung des Dienstzweiges und der Verwendungsgruppe nach Beratung mit der Personalvertretung

a) auf einen anderen Dienstposten versetzen oder

..."

§ 34 Abs. 4 und § 60 lit. a leg. cit. lauten:

"§ 34

Anzeige der Dienstverhinderung und ärztliche Untersuchung

...

(4) Der infolge Krankheit, Unfalls oder Gebrechens vom Dienst abwesende Gemeindebeamte hat sich auf Anordnung der Dienstbehörde einer ärztlichen Untersuchung zur Prüfung seines Gesundheitszustandes zu unterziehen. Wenn es zur zuverlässigen Beurteilung erforderlich ist, sind Fachärzte heranzuziehen. Eine Anordnung im Sinne des ersten Satzes ist spätestens drei Monate nach Beginn der Abwesenheit vom Dienst und sodann in entsprechenden Abständen zu erteilen.

...

§ 60

Anspruch auf Versetzung in den dauernden Ruhestand

Der Gemeindebeamte, der bereits eine fünfzehnjährige, für die Ruhegenussbemessung anrechenbare Dienstzeit zurückgelegt hat, hat Anspruch auf Versetzung in den dauernden Ruhestand,

a) wenn er dienstunfähig ist und die Wiedererlangung der Dienstfähigkeit voraussichtlich ausgeschlossen ist;

..."

Die Dienstzweigeordnung der GBDO sieht u.a. den Dienstzweig 89 "Dienstführende Gemeindegewachebeamte" vor. Dieser Dienstzweig ist (als einziger) der Verwendungsgruppe E2a zugeordnet.

§ 24 Abs. 2 der Gemeindebeamtengehaltsordnung LGBL 2440 in der Fassung dieses Absatzes nach dem Landesgesetz LGBL 2440-39 (im Folgenden: GBGO) lautet:

"§ 24

...

(2) Auf die Dienstbezüge der Gemeindegewachebeamten finden die für den Exekutivdienst nach dem Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl. Nr. 333 in der Fassung BGBl. I Nr. 102/2000, und dem Gehaltsgesetz 1956, BGBl. Nr. 54 in der Fassung BGBl. I Nr. 95/2000, geltenden Bestimmungen sinngemäß Anwendung."

§ 81 Abs. 1 GehG in der - nach wie vor in Kraft stehenden - Fassung dieses Absatzes durch das Besoldungs-Reformgesetz 1994, BGBl. Nr. 550, lautet:

"Wachdienstzulage

§ 81. (1) Dem Beamten des Exekutivdienstes gebührt,

1. solange er im Exekutivdienst verwendet wird,

2. wenn er infolge eines im Exekutivdienst erlittenen Dienstunfalles nicht mehr in diesem Dienst verwendet werden kann, eine ruhegenüßfähige Wachdienstzulage."

Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides vertritt der Beschwerdeführer primär die Auffassung, sein Antrag auf Versetzung in den dauernden Ruhestand sei schon deshalb berechtigt, weil er - von den Verwaltungsbehörden unbestritten - auf Dauer exekutivdienstuntauglich sei. Dem ist Folgendes zu erwidern:

Die Frage einer Dienstunfähigkeit im Verständnis des § 60 lit. a GBDO ist zunächst in Ansehung des dem Beamten zuletzt wirksam zugewiesenen Arbeitsplatzes zu prüfen. Eine dem § 14 Abs. 3 BDG 1979 vergleichbare Norm fehlt zwar in der GBDO. Liegt jedoch in Bezug auf den vom Beamten innegehabten Dienstposten Dienstunfähigkeit vor, steht jedoch ein Arbeitsplatz, der für den Beamten unter Beachtung der in § 29 Abs. 1 und 2 leg. cit. genannten Kriterien in Betracht kommt und zu dessen Besorgung er imstande ist, zur Verfügung, so ist der Personalmaßnahme nach § 29 Abs. 2 lit. a GBDO (= Versetzung im Rahmen seines Dienstzweiges) der Vorrang vor der Versetzung in den dauernden Ruhestand nach § 60 lit. a GBDO zu geben (vgl. hiezu die Ausführungen im hg. Erkenntnis vom 29. März 2000, Zl. 99/12/0089, zur entsprechenden (damaligen) Rechtslage für Innsbrucker Gemeindebeamte).

Dabei kommt - unter dem Aspekt einer möglichen Wiedererlangung der im obigen Sinne verstandenen Dienstfähigkeit - neben bereits existierenden freien oder in absehbarer Zeit frei werdenden Arbeitsplätzen als Verweisungsarbeitsplatz auch ein solcher in Betracht, welcher seitens der Dienstbehörde durch Umgestaltung bestehender Geschäftsteilungen von Dienststellen in absehbarer Zeit zu schaffen beabsichtigt ist (vgl. zur insofern übertragbaren Bundesrechtslage das hg. Erkenntnis vom 19. März 2003, Zl. 2002/12/0338).

Unstrittig ist nun, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf seinen vor der Personalmaßnahme vom 27. Juli 2006 innegehabten Arbeitsplatz dauernd dienstunfähig war. Die zitierte Personalmaßnahme dürfte mangels Zuständigkeit des Bürgermeisters keine wirksame Versetzung des Beschwerdeführers auf den dort umschriebenen "Innendienstarbeitsplatz" bewirkt haben, ist hiefür doch aus dem Grunde des § 29 Abs. 2 lit. a GBDO eine Zuständigkeit des Gemeinderates vorgesehen. Entsprechendes gilt für den dem Beschwerdeführer am 6. September 2006 erteilten Dienstauftrag durch den Stadtpolizeikommandant, welcher die Zuweisung eines mit Aufgaben des Innendienstes und der Kurzparkzonenüberwachung versehenen Arbeitsplatzes intendierte.

Dessen ungeachtet könnte der Beschwerdeführer zur Abwehr seines Antrages auf Versetzung in den dauernden Ruhestand - im Falle einer insoweit auf Dauer bestehenden Dienstfähigkeit - auf die genannten Arbeitsplätze verwiesen werden, wenn der Gemeinderat als zuständige Dienstbehörde die Einrichtung solcher Arbeitsplätze und die Versetzung des Beschwerdeführers auf einen derselben beabsichtigt, sofern es sich dabei um eine bloße Versetzung im Rahmen des Dienstzweiges des Beschwerdeführers handelte.

Der Beschwerdeführer gehört dem Dienstzweig 89 und der (nur diesen Dienstzweig umfassenden) Verwendungsgruppe E2a "Dienstführende Gemeindegewachebeamte" an.

Für die Rechtslage nach dem BDG 1979 hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20. Dezember 2005, Zl. 2005/12/0058, Folgendes ausgesprochen:

"Es trifft nämlich - jedenfalls in der von der belangten Behörde vertretenen Allgemeinheit - nicht zu, dass für einen Beamten des Exekutivdienstes ein (Ersatz)Arbeitsplatz außerhalb des Exekutivdienstes nicht in Frage kommt. Zunächst kann schon aus der 'Behalterregel' des § 81 Abs. 1 Z. 2 GehG die Zulässigkeit des Einsatzes eines Beamten dieser Verwendungsgruppe, der seine Exekutivdienstfähigkeit durch einen Dienstunfall verloren hat, außerhalb des Exekutivdienstes abgeleitet werden. Überdies ist eine solche 'administrative' Verwendung auch bei einem exekutivdienstfähigen Beamten dieser Verwendungsgruppe grundsätzlich zulässig, sofern zwischen den 'administrativen' und den 'exekutiven' Aufgaben ein Zusammenhang besteht. Damit ist aber die Dienstunfähigkeit eines Beamten des Exekutivdienstes im Sinne des § 14 Abs. 3 BDG 1979 nicht schon allein deshalb zwingend gegeben, weil er auf Grund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen seine Exekutivdienstfähigkeit verloren hat. Erforderlich ist vielmehr (zusätzlich), dass ihm auf Grund seiner 'Restarbeitsfähigkeit' die Wahrnehmung eines Ersatzarbeitsplatzes, dessen Aufgaben auch in einer (bloß) 'administrativen' Tätigkeit (im obigen Sinn) bestehen können, nach den Kriterien des § 14 Abs. 3 BDG 1979 billigerweise nicht mehr zumutbar oder ein derartiger Arbeitsplatz nicht vorhanden ist (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 30. Jänner 2002, Zl. 98/12/0389)."

Wie die belangte Behörde zutreffend erkannte, hat der Verwaltungsgerichtshof diesen Rechtssatz im hg. Erkenntnis vom 11. Oktober 2006, Zl. 2005/12/0267, auch als Argument zur Versagung eines auf Versetzung in den dauernden Ruhestand gerichteten Antrages für zulässig erachtet.

Diese oben wiedergegebene Judikatur geht offenbar davon aus, dass die dort näher umschriebene "administrative" Verwendung eines Exekutivbeamten durchaus seiner Verwendungsgruppe (in dem zuletzt zitierten Erkenntnis: E2a nach der Anlage 1 zum BDG 1979, welche gleichfalls die Bezeichnung "Dienstführende Beamte" trägt) entspricht. Nichts anderes hat hier (auch in Hinblick auf § 24 Abs. 2 GBGO i.V.m. § 81 Abs. 1 Z. 2 GehG) für die Beurteilung der Frage zu gelten, ob ein solcherart konfigurierter Arbeitsplatz im Bereich des Gemeindegewachdienstes der in der GBDO vorgesehenen Verwendungsgruppe E2a "Dienstführender Gemeindegewachebeamter", bzw. dem entsprechenden Dienstzweig 89 zugehört, was nach dem Vorgesagten hier zu bejahen ist. Das vom Beschwerdeführer in

diesem Zusammenhang ins Treffen geführte hg. Erkenntnis vom 22. Juli 1999, Zl. 98/12/0160, erging demgegenüber zum Dienstrecht der Landeslehrer und ist von den gesetzlichen Voraussetzungen her nicht mit dem hier vorliegenden Fall vergleichbar.

Eine - freilich vom Gemeinderat durchzuführende - Versetzung des Beschwerdeführers auf Arbeitsplätze, wie sie in den Erledigungen vom 27. Juli oder 6. September 2006 umschrieben sind, könnte somit gemäß § 29 Abs. 2 lit. a GBDO in Weisungsform vorgenommen werden; sie ginge - anders als der Beschwerdeführer meint - einer Versetzung in den dauernden Ruhestand vor.

Voraussetzung wäre allerdings das Nichtvorliegen dauernder Dienstunfähigkeit in Bezug auf die genannten Arbeitsplätze. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang rügt, die Verwaltungsbehörden hätten sich mit der Weisung vom 6. September 2006 nicht auseinandergesetzt, ist er zwar objektiv im Recht; freilich läge auf Basis der von der belangten Behörde zu Grunde gelegten Beurteilungen des Dr. Sch und des Dr. S auch auf dem in dieser Weisung umschriebenen Arbeitsplatz Dienstfähigkeit vor.

Dennoch erweist sich die Beschwerde aus nachstehenden Überlegungen als berechtigt:

Der Beschwerdeführer verweist nämlich zu Recht darauf, dass eine ausreichende Auseinandersetzung mit den Ursachen und den Behandlungsmöglichkeiten des von Dr. K und Dr. D diagnostizierten Schmerzsyndroms nicht erfolgt ist.

Sowohl Dr. D als auch - ihm folgend - der zu einer "Gesamtbegutachtung" aufgeforderte Sachverständige Dr. Kr hielten für eine abschließende Abklärung des medizinischen Aspektes der Dienstunfähigkeit die Einholung kieferchirurgischer Befunde und Gutachten für unabdingbar.

Dieser Beurteilung tritt die Dienstbehörde in ihrem Bescheid vom 20. September 2006 auch nicht entgegen; sie vermeint jedoch, dass der Beschwerdeführer eine entsprechende Begutachtung unter Verletzung seiner Mitwirkungspflicht vereitelt habe, weil er sich bis zum Zeitpunkt der Erlassung dieses Bescheides einem kieferchirurgischen Eingriff nicht unterzogen habe.

Diese Auffassung ist schon deshalb unzutreffend, weil Dr. D eine Begutachtung durch Prof. Sl auch dann für sinnvoll und geboten erachtet, wenn die Operation unterbleibt.

Selbst wenn man aber davon ausginge, dass ein aus sachverständiger Sicht zuverlässiger Rückschluss auf die Dienstfähigkeit des Beschwerdeführers und seine Heilungschancen im Zeitpunkt der Erlassung des dienstbehördlichen Bescheides erst nach dem chirurgischen Eingriff möglich wäre, wäre der belangten Behörde insoweit ein rechtswidriges Verhalten vorzuwerfen, als der Beschwerdeführer mit seinem Vorstellungsvorbringen, er werde sich im November 2006 dem kieferchirurgischen Eingriff unterziehen, eine allfällige Verletzung der Mitwirkungspflicht aufgegeben hätte, sodass im Anschluss an den Eingriff eine entsprechende Begutachtung (mit Rückschlüssen auf den maßgeblichen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers bei Erlassung des Bescheides der Dienstbehörde) erfolgen hätte können. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass im Vorstellungsverfahren nach der Niederösterreichischen Gemeindeordnung 1973 kein Neuerungsverbot herrscht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. September 1997, Zl. 94/05/0357), sodass auch die Bereitschaft zur Mitwirkung des Vorstellungswerbers bei allenfalls bis dahin vereitelten Beweisaufnahmen von der Vorstellungsbehörde zu beachten ist.

Von der Frage der Mitwirkungspflicht bei der Beweisaufnahme zur Beurteilung des Gesundheitszustandes und allfälliger Heilungschancen zu unterscheiden ist freilich die Weigerung des Beamten, sich zumutbaren Heilbehandlungen zu unterziehen, deren Eignung zur Beseitigung der Dienstunfähigkeit innerhalb absehbarer Zeit bereits erkannt wurde. Eine solche Weigerung stünde der Qualifikation der Dienstunfähigkeit als nur vorübergehend nämlich nicht im Wege. Eine solche Konstellation war hier allerdings nicht gegeben, haben doch die Sachverständigen die Erfolgchancen einer allfälligen Operation keinesfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit als positiv eingeschätzt.

Jedenfalls insoweit ist das Verfahren vor der Dienstbehörde durch Unterbleiben einer kieferchirurgischen Begutachtung (sei es auch vor einer Operation) mangelhaft geblieben. Indem die belangte Behörde ungeachtet der Rüge dieses Mangels in der Vorstellung letztere abwies, belastete sie ihren Vorstellungsbescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, sodass dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aus diesem Grunde aufzuheben war.

Im Übrigen ist zu den Einwendungen des Beschwerdeführers noch Folgendes auszuführen:

Zutreffend ist, dass die Dienstbehörde gehalten gewesen wäre, auch das von Dr. Kr als notwendig erachtete Gutachten des Prof. M einzuholen *bevor* sie über den Antrag des Beschwerdeführers absprach. Im folgenden Verfahren wird daher auf das Ergebnis dieser Begutachtung einzugehen sein.

Unzutreffend ist der Beschwerdevorwurf, wonach es die Dienstbehörde verabsäumt habe, einen Facharzt für Neurologie und Psychiatrie beizuziehen. Dies ist sehr wohl durch Einholung des Gutachtens Dris. Kr geschehen.

Unzutreffend ist der Hinweis des Beschwerdeführers auf § 34 Abs. 4 GBDO, zumal diese Bestimmung nicht das Verfahren zur Versetzung in den dauernden Ruhestand regelt, sondern ausschließlich die Frage der Rechtmäßigkeit der Abwesenheit vom Dienst durch einen "Krankenstand" betrifft.

Auch war die Dienstbehörde nicht verpflichtet, einen berufskundlichen Sachverständigen beizuziehen, geht es doch vorliegendenfalls nicht um die Verwendbarkeit des Beschwerdeführers auf der Dienstbehörde von ihrem Anforderungsprofil her nicht bekannten Arbeitsplätzen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, sondern

um seine Verwendung im Bereich der Dienstbehörde auf von ihr organisatorisch eingerichteten bzw. einzurichtenden (und ihr daher von den Anforderungen her bekannten) Arbeitsplätzen.

Im Hinblick auf das erstmals vor dem Verwaltungsgerichtshof erstattete Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach sein Dienst im Wachzimmer auch die Betreuung von Arrestanten umfasse, wird dazu im fortgesetzten Verfahren Stellung zu nehmen sein (in der in den Verwaltungsakten enthaltenen "Gegenschrift" der mitbeteiligten Stadtgemeinde wird eine Betrauung mit der Arrestantenbetreuung bestritten).

Unzutreffend ist schließlich die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach die Abwicklung von Parteienverkehr dem Leistungskalkül Dris. Sch widerspreche, empfiehlt dieser doch das Büro mit überwiegender Einzelnutzung lediglich dazu, dem Beschwerdeführer Telefonate ohne Störung durch Gespräche von Kollegen zu ermöglichen. Der Abhaltung von Parteienverkehr durch den Beschwerdeführer steht diese Beurteilung nicht entgegen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 17. Dezember 2007