

TE Vfgh Beschluss 2024/11/27 V50/2023

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.11.2024

Index

10/07 Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Norm

B-VG Art139 Abs1 Z1, Art139 Abs1 Z2

BEinstG §14

BundesbehindertenG §40, §41

EinschätzungsV §1, §2, §3, §4

Erlass des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vom 21.05.2021

VfGG §7 Abs1, §57 Abs1

1. B-VG Art. 139 heute
2. B-VG Art. 139 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
5. B-VG Art. 139 gültig von 30.11.1996 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 659/1996
6. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.1991 bis 29.11.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
7. B-VG Art. 139 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
8. B-VG Art. 139 gültig von 21.07.1962 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 205/1962
9. B-VG Art. 139 gültig von 19.12.1945 bis 20.07.1962 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
10. B-VG Art. 139 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. BEinstG Art. 2 § 14 heute
2. BEinstG Art. 2 § 14 gültig ab 01.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 45/2026
3. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 19.07.2024 bis 31.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2024
4. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 31.07.2016 bis 18.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2024
5. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.07.2015 bis 30.07.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2015
6. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 71/2013
7. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.01.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
8. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.09.2010 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2010
9. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.05.2008 bis 31.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 67/2008
10. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2002
11. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 24.08.2002 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 150/2002
12. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.01.1999 bis 23.08.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 17/1999
13. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994

14. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.07.1992 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 313/1992

15. BEinstG Art. 2 § 14 gültig von 01.01.1989 bis 30.06.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 721/1988

1. VfGG § 7 heute
2. VfGG § 7 gültig ab 22.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2020
3. VfGG § 7 gültig von 01.01.2015 bis 21.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2014
4. VfGG § 7 gültig von 01.01.2015 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 92/2014
5. VfGG § 7 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
6. VfGG § 7 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
7. VfGG § 7 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. VfGG § 7 gültig von 01.10.2002 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2002
9. VfGG § 7 gültig von 01.01.1991 bis 30.09.2002 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 329/1990
10. VfGG § 7 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 311/1976

Leitsatz

Zurückweisung eines Gerichtsantrags auf Aufhebung der Einschätzungsverordnung mangels Darlegung der Bedenken; Unzulässigkeit des Antrags auf Prüfung eines Erlasses des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz mangels Präjudizialität; keine Befugnis des VfGH zur Erteilung von "Anweisungen" an eine zur Verordnungserlassung zuständige Behörde

Spruch

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Begründung

Begründung

I. Antragsrömisch eins. Antrag

Mit dem vorliegenden, auf Art139 Abs1 Z1 B-VG gestützten Antrag begehrt das Bundesverwaltungsgericht, der Verfassungsgerichtshof möge

"A)

[...] 1. fest[...]stellen, dass aufgrund einer planwidrigen Lücke betreffend die Einschätzung von Menschen nach Transplantationen in Verbindung mit der Einnahme von Immunsuppressiva die Einschätzungsverordnung (BGBl II Nr 261/2010, in der Fassung BGBl II Nr 251/2012) und deren Anlage, die gem. §2 Abs1 leg. cit. einen Bestandteil der Verordnung bildet, in diesem Zusammenhang gesetzwidrig ist. [...] 1. fest[...]stellen, dass aufgrund einer planwidrigen Lücke betreffend die Einschätzung von Menschen nach Transplantationen in Verbindung mit der Einnahme von Immunsuppressiva die Einschätzungsverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 261 aus 2010,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 251 aus 2012,) und deren Anlage, die gem. §2 Abs1 leg. cit. einen Bestandteil der Verordnung bildet, in diesem Zusammenhang gesetzwidrig ist.

2. den Ordnungsgeber an[...]weisen, innerhalb angemessener Zeit den verfassungskonformen Zustand der Einschätzungsverordnung und deren Anlage, die gem. §2 Abs1 leg. cit. einen Bestandteil der Verordnung bildet, mittels Schaffung von Positionsnummern für Patienten nach Transplantation in Verbindung mit der Einnahme von Immunsuppressiva herzustellen.

B) Weiters wird gem. Art139 Abs1 Z1 iVm Art135 Abs4 sowie Art89 Abs2 B-VG angeregt, eine amtswegige Überprüfung des Erlasses des BMSGPK (GZ: 2021-0.121.182 vom 21.05.2021) – der Arbeitsunterlage für gem. §90 KOVG bestellte ärztlich Sachverständige der Abteilung IV/8 des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vorzunehmen und in der Folge festzustellen, dass es sich hierbei um eine Verordnung handelt, die nicht ordnungsgemäß kundgemacht wurde." B) Weiters wird gem. Art139 Abs1 Z1 in Verbindung mit Art135 Abs4 sowie Art89 Abs2 B-VG angeregt, eine amtswegige Überprüfung des Erlasses des BMSGPK (GZ: 2021-0.121.182 vom 21.05.2021) – der Arbeitsunterlage für gem. §90 KOVG bestellte ärztlich Sachverständige der Abteilung IV/8 des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz vorzunehmen und in der Folge festzustellen, dass es sich hierbei um eine Verordnung handelt, die nicht ordnungsgemäß kundgemacht wurde."

II. Rechtslagerrömisch zwei. Rechtslage

Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

1. §14 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG), BGBl 22/1970, idFBGBl I 98/2024 (§14 Abs3 idFBGBl I 17/1999) lautet wie folgt: 1. §14 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG), Bundesgesetzblatt 22 aus 1970,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 98 aus 2024, (§14 Abs3 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 1999,) lautet wie folgt:

"Feststellung der Begünstigung

§14. (1) Als Nachweis für die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten gilt die letzte rechtskräftige Entscheidung über die Einschätzung des Grades der Minderung der Erwerbsfähigkeit mit mindestens 50 vH

a) eines Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen (der Schiedskommission) bzw des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen oder der Bundesberufungskommission im Sinne des Bundesberufungskommissionsgesetzes, , oder des Bundesverwaltungsgerichtes;a) eines Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen (der Schiedskommission) bzw des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen oder der Bundesberufungskommission im Sinne des Bundesberufungskommissionsgesetzes, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 150 aus 2002,, oder des Bundesverwaltungsgerichtes;

b) eines Trägers der gesetzlichen Unfallversicherung bzw eines nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz,, zuständigen Gerichtes;b) eines Trägers der gesetzlichen Unfallversicherung bzw eines nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr 104 aus 1985,, zuständigen Gerichtes;

c) eines Landeshauptmannes (des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz) oder des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen in Verbindung mit der Amtsbescheinigung gemäß §4 des Opferfürsorgegesetzes;

d) in Vollziehung der landesgesetzlichen Unfallfürsorge (§3 Z2 Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz,).d) in Vollziehung der landesgesetzlichen Unfallfürsorge (§3 Z2 Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr 200 aus 1967,).

Die Feststellung des Grades der Minderung der Erwerbsfähigkeit im Nachweis gilt zugleich als Feststellung des Grades der Behinderung. Die Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten (§2) auf Grund der in lit a bis d genannten Nachweise erlischt mit Ablauf des dritten Monats, der dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung folgt, sofern nicht der begünstigte Behinderte innerhalb dieser Frist gegenüber dem Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen erklärt, weiterhin dem Personenkreis der nach diesem Bundesgesetz begünstigten Personen angehören zu wollen. Der Behindertenpass im Sinne des §40 des Bundesbehindertengesetzes (BBG), gilt nicht als Nachweis über die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten.Die Feststellung des Grades der Minderung der Erwerbsfähigkeit im Nachweis gilt zugleich als Feststellung des Grades der Behinderung. Die Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten (§2) auf Grund der in lit a bis d genannten Nachweise erlischt mit Ablauf des dritten Monats, der dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung folgt, sofern nicht der begünstigte Behinderte innerhalb dieser Frist gegenüber dem Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen erklärt, weiterhin dem Personenkreis der nach diesem Bundesgesetz begünstigten Personen angehören zu wollen. Der Behindertenpass im Sinne des §40 des Bundesbehindertengesetzes (BBG), Bundesgesetzblatt Nr 283 aus 1990, gilt nicht als Nachweis über die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten.

(2) Liegt ein Nachweis im Sinne des Abs1 nicht vor, hat auf Antrag des Menschen mit Behinderung das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen unter Mitwirkung von ärztlichen Sachverständigen den Grad der Behinderung nach den Bestimmungen der Einschätzungsverordnung () einzuschätzen und bei Zutreffen der im §2 Abs1 angeführten sonstigen Voraussetzungen die Zugehörigkeit zum Kreis der nach diesem Bundesgesetz begünstigten Behinderten (§2) sowie den Grad der Behinderung festzustellen. Hinsichtlich der ärztlichen Sachverständigen ist §90 des Kriegsofopferversorgungsgesetzes 1957, BGBl Nr 152, anzuwenden. Die Begünstigungen nach diesem Bundesgesetz werden mit dem Zutreffen der Voraussetzungen, frühestens mit dem Tag des Einlangens des Antrages beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen wirksam. Sie werden jedoch mit dem Ersten des Monats wirksam, in dem der Antrag eingelangt ist, wenn dieser unverzüglich nach dem Eintritt der Behinderung (Abs3) gestellt wird. Die Begünstigungen erlöschen mit Ablauf des Monats, der auf die Zustellung der Entscheidung folgt, mit der der Wegfall der Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten rechtskräftig ausgesprochen

wird.(2) Liegt ein Nachweis im Sinne des Abs1 nicht vor, hat auf Antrag des Menschen mit Behinderung das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen unter Mitwirkung von ärztlichen Sachverständigen den Grad der Behinderung nach den Bestimmungen der Einschätzungsverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 261 aus 2010,) einzuschätzen und bei Zutreffen der im §2 Abs1 angeführten sonstigen Voraussetzungen die Zugehörigkeit zum Kreis der nach diesem Bundesgesetz begünstigten Behinderten (§2) sowie den Grad der Behinderung festzustellen. Hinsichtlich der ärztlichen Sachverständigen ist §90 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, Bundesgesetzblatt , Nr 152, anzuwenden. Die Begünstigungen nach diesem Bundesgesetz werden mit dem Zutreffen der Voraussetzungen, frühestens mit dem Tag des Einlangens des Antrages beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen wirksam. Sie werden jedoch mit dem Ersten des Monats wirksam, in dem der Antrag eingelangt ist, wenn dieser unverzüglich nach dem Eintritt der Behinderung (Abs3) gestellt wird. Die Begünstigungen erlöschen mit Ablauf des Monats, der auf die Zustellung der Entscheidung folgt, mit der der Wegfall der Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten rechtskräftig ausgesprochen wird.

(3) Der Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales ist ermächtigt, nach Anhörung des Bundesbehindertenbeirates gemäß §8 BBG durch Verordnung nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung festzulegen. Diese Bestimmungen haben die Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigungen auf das allgemeine Erwerbsleben zu berücksichtigen und auf den Stand der medizinischen Wissenschaft Bedacht zu nehmen.

(4) Ein Antrag, der bei einer nicht zuständigen Behörde oder einem Sozialversicherungsträger eingebracht wird, ist unverzüglich an das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen weiterzuleiten. Der Antrag gilt als zu dem Zeitpunkt beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen eingebracht, an dem er bei der nicht zuständigen Behörde eingelangt ist.

(5) Anträge von begünstigten Behinderten (§2) auf Neufestsetzung des Grades der Behinderung wegen Änderung des Leidenszustandes sind ohne Durchführung eines Ermittlungsverfahrens zurückzuweisen, wenn seit der letzten rechtskräftigen Feststellung noch kein Jahr verstrichen ist. Dies gilt nicht, wenn eine offenkundige Änderung des Leidenszustandes glaubhaft geltend gemacht wird.

(6) Wenn ein begünstigter Behinderter oder ein Antragswerber ohne triftigen Grund einer schriftlichen Aufforderung zum Erscheinen zu einer zumutbaren ärztlichen Untersuchung nicht entspricht oder sich weigert, die zur Durchführung des Verfahrens unerläßlichen Angaben zu machen, ist das Verfahren einzustellen oder das Erlöschen der Zugehörigkeit zum Kreis der nach diesem Bundesgesetz begünstigten Behinderten (§2 Abs1 und 3) auszusprechen. Er ist nachweislich auf die Folgen seines Verhaltens hinzuweisen.

(7) Vor der Gewährung von Leistungen aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds an die im §10a Abs2, 3 und 3a genannten Menschen mit Behinderungen hat sich das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen auf Grundlage entsprechender Unterlagen und einer Stellungnahme des ärztlichen Dienstes im Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen über Art und Ausmaß des voraussichtlichen Vorliegens der Behinderung von Amts wegen Kenntnis zu verschaffen. Bescheide sind hierüber nicht zu erteilen.

(8) Reisekosten, die einem begünstigten Behinderten (§2) oder Antragwerber auf Feststellung (Abs2) oder auf Gewährung von Leistungen aus dem Ausgleichstaxfonds (§10a Abs1 bis 3a) dadurch erwachsen, daß er einer Ladung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen in Durchführung dieses Bundesgesetzes Folge leistet, sind in dem im §49 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, BGBl Nr 152, angeführten Umfang aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds zu ersetzen. Die Reisekostenvergütung gebührt in gleicher Höhe auch Zeugen im Verfahren gemäß §8 Abs2 und §8a, wenn kein gleichartiger Anspruch nach einem anderen Bundesgesetz besteht. Der Ersatz der Reisekosten entfällt, wenn die Fahrtstrecke (Straßenkilometer) zwischen Wohnort und dem Ort der Untersuchung 50 km (einfache Strecke) nicht übersteigt."(8) Reisekosten, die einem begünstigten Behinderten (§2) oder Antragwerber auf Feststellung (Abs2) oder auf Gewährung von Leistungen aus dem Ausgleichstaxfonds (§10a Abs1 bis 3a) dadurch erwachsen, daß er einer Ladung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen in Durchführung dieses Bundesgesetzes Folge leistet, sind in dem im §49 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, Bundesgesetzblatt , Nr 152, angeführten Umfang aus den Mitteln des Ausgleichstaxfonds zu ersetzen. Die Reisekostenvergütung gebührt

in gleicher Höhe auch Zeugen im Verfahren gemäß §8 Abs2 und §8a, wenn kein gleichartiger Anspruch nach einem anderen Bundesgesetz besteht. Der Ersatz der Reisekosten entfällt, wenn die Fahrtstrecke (Straßenkilometer) zwischen Wohnort und dem Ort der Untersuchung 50 km (einfache Strecke) nicht übersteigt."

2. Die §§40 und 41 des Bundesgesetzes vom 17. Mai 1990 über die Beratung, Betreuung und besondere Hilfe für behinderte Menschen (Bundesbehindertengesetz – BBG), BGBl 283/1990, idF BGBl I 150/2002 (§40) und BGBl I 66/2014 (§41) lauten wie folgt: 2. Die §§40 und 41 des Bundesgesetzes vom 17. Mai 1990 über die Beratung, Betreuung und besondere Hilfe für behinderte Menschen (Bundesbehindertengesetz – BBG), Bundesgesetzblatt 283 aus 1990,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 150 aus 2002, (§40) und Bundesgesetzblatt Teil eins, 66 aus 2014, (§41) lauten wie folgt:

"BEHINDERTENPASS

§40. (1) Behinderten Menschen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt im Inland und einem Grad der Behinderung oder einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 50% ist auf Antrag vom Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (§45) ein Behindertenpaß auszustellen, wenn

1. ihr Grad der Behinderung (ihre Minderung der Erwerbsfähigkeit) nach bundesgesetzlichen Vorschriften durch Bescheid oder Urteil festgestellt ist oder
2. sie nach bundesgesetzlichen Vorschriften wegen Invalidität, Berufsunfähigkeit, Dienstunfähigkeit oder dauernder Erwerbsunfähigkeit Geldleistungen beziehen oder
3. sie nach bundesgesetzlichen Vorschriften ein Pflegegeld, eine Pflegezulage, eine Blindenzulage oder eine gleichartige Leistung erhalten oder
4. für sie erhöhte Familienbeihilfe bezogen wird oder sie selbst erhöhte Familienbeihilfe beziehen oder
5. sie dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des Behinderteneinstellungsgesetzes,, angehören.5. sie dem Personenkreis der begünstigten Behinderten im Sinne des Behinderteneinstellungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr 22 aus 1970,, angehören.

(2) Behinderten Menschen, die nicht dem im Abs1 angeführten Personenkreis angehören, ist ein Behindertenpaß auszustellen, wenn und insoweit das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen auf Grund von Vereinbarungen des Bundes mit dem jeweiligen Land oder auf Grund anderer Rechtsvorschriften hiezu ermächtigt ist.

§41. (1) Als Nachweis für das Vorliegen der im §40 genannten Voraussetzungen gilt der letzte rechtskräftige Bescheid eines Rehabilitationsträgers (§3), ein rechtskräftiges Urteil eines Gerichtes nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, BGBl Nr 104/1985, ein rechtskräftiges Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes oder die Mitteilung über die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe gemäß §8 Abs5 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, BGBl Nr 376. Das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen hat den Grad der Behinderung nach der Einschätzungsverordnung (BGBl II Nr 261/2010) unter Mitwirkung von ärztlichen Sachverständigen einzuschätzen, wenn§41. (1) Als Nachweis für das Vorliegen der im §40 genannten Voraussetzungen gilt der letzte rechtskräftige Bescheid eines Rehabilitationsträgers (§3), ein rechtskräftiges Urteil eines Gerichtes nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr 104 aus 1985,, ein rechtskräftiges Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes oder die Mitteilung über die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe gemäß §8 Abs5 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, BGBl Nr 376. Das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen hat den Grad der Behinderung nach der Einschätzungsverordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 261 aus 2010,) unter Mitwirkung von ärztlichen Sachverständigen einzuschätzen, wenn

1. nach bundesgesetzlichen Vorschriften Leistungen wegen einer Behinderung erbracht werden und die hiefür maßgebenden Vorschriften keine Einschätzung vorsehen oder
2. zwei oder mehr Einschätzungen nach bundesgesetzlichen Vorschriften vorliegen und keine Gesamteinschätzung vorgenommen wurde oder
3. ein Fall des §40 Abs2 vorliegt.

(2) Anträge auf Ausstellung eines Behindertenpasses, auf Vornahme von Zusatzeintragungen oder auf Einschätzung des Grades der Behinderung sind ohne Durchführung eines Ermittlungsverfahrens zurückzuweisen, wenn seit der letzten rechtskräftigen Entscheidung noch kein Jahr vergangen ist. Dies gilt nicht, wenn eine offenkundige Änderung

einer Funktionsbeeinträchtigung glaubhaft geltend gemacht wird.

(3) Entspricht ein Behindertenpasswerber oder der Inhaber eines Behindertenpasses ohne triftigen Grund einer schriftlichen Aufforderung zum Erscheinen zu einer zumutbaren ärztlichen Untersuchung nicht, verweigert er eine für die Entscheidungsfindung unerlässliche ärztliche Untersuchung oder weigert er sich, die zur Durchführung des Verfahrens unerlässlichen Angaben zu machen, ist das Verfahren einzustellen. Er ist nachweislich auf die Folgen seines Verhaltens hinzuweisen."

3. Die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung), BGBl II 261/2010, idF BGBl II 251/2012 lautet (ohne Anhang) wie folgt: 3. Die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung), Bundesgesetzblatt Teil 2, 261 aus 2010,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 251 aus 2012, lautet (ohne Anhang) wie folgt:

"Gemäß §14 Abs3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl Nr 22/1970, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl I Nr 81/2010, wird verordnet:"Gemäß §14 Abs3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr 22 aus 1970,, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 81 aus 2010,, wird verordnet:

Behinderung

§1. Unter Behinderung im Sinne dieser Verordnung ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden körperlichen, geistigen oder psychischen Funktionsbeeinträchtigung oder Beeinträchtigung der Sinnesfunktionen zu verstehen, die geeignet ist, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft, insbesondere am allgemeinen Erwerbsleben, zu erschweren. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als voraussichtlich sechs Monaten.

Grad der Behinderung

§2. (1) Die Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigungen sind als Grad der Behinderung zu beurteilen. Der Grad der Behinderung wird nach Art und Schwere der Funktionsbeeinträchtigung in festen Sätzen oder Rahmensätzen in der Anlage dieser Verordnung festgelegt. Die Anlage bildet einen Bestandteil dieser Verordnung.

(2) Bei Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen, die nicht in der Anlage angeführt sind, ist der Grad der Behinderung in Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen festzulegen.

(3) Der Grad der Behinderung ist nach durch zehn teilbaren Hundertsätzen festzustellen. Ein um fünf geringerer Grad der Behinderung wird von ihnen mit umfasst. Das Ergebnis der Einschätzung innerhalb eines Rahmensatzes ist zu begründen.

Gesamtgrad der Behinderung

§3. (1) Eine Einschätzung des Gesamtgrades der Behinderung ist dann vorzunehmen, wenn mehrere Funktionsbeeinträchtigungen vorliegen. Bei der Ermittlung des Gesamtgrades der Behinderung sind die einzelnen Werte der Funktionsbeeinträchtigungen nicht zu addieren. Maßgebend sind die Auswirkungen der einzelnen Funktionsbeeinträchtigungen in ihrer Gesamtheit unter Berücksichtigung ihrer wechselseitigen Beziehungen zueinander.

(2) Bei der Ermittlung des Gesamtgrades der Behinderung ist zunächst von jener Funktionsbeeinträchtigung auszugehen, für die der höchste Wert festgestellt wurde. In der Folge ist zu prüfen, ob und inwieweit dieser durch die weiteren Funktionsbeeinträchtigungen erhöht wird. Gesundheitsschädigungen mit einem Ausmaß von weniger als 20 vH sind außer Betracht zu lassen, sofern eine solche Gesundheitsschädigung im Zusammenwirken mit einer anderen Gesundheitsschädigung keine wesentliche Funktionsbeeinträchtigung verursacht. Bei Überschneidungen von Funktionsbeeinträchtigungen ist grundsätzlich vom höheren Grad der Behinderung auszugehen.

(3) Eine wechselseitige Beeinflussung der Funktionsbeeinträchtigungen, die geeignet ist, eine Erhöhung des Grades der Behinderung zu bewirken, liegt vor, wenn

- sich eine Funktionsbeeinträchtigung auf eine andere besonders nachteilig auswirkt,

- zwei oder mehrere Funktionsbeeinträchtigungen vorliegen, die gemeinsam zu einer wesentlichen Funktionsbeeinträchtigung führen.

(4) Eine wesentliche Funktionsbeeinträchtigung ist dann gegeben, wenn das Gesamtbild der Behinderung eine andere Beurteilung gerechtfertigt erscheinen lässt, als die einzelnen Funktionsbeeinträchtigungen alleine.

Grundlage der Einschätzung

§4. (1) Die Grundlage für die Einschätzung des Grades der Behinderung bildet die Beurteilung der Funktionsbeeinträchtigungen im körperlichen, geistigen, psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung in Form eines ärztlichen Sachverständigengutachtens. Erforderlichenfalls sind Experten aus anderen Fachbereichen - beispielsweise Psychologen - zur ganzheitlichen Beurteilung heran zu ziehen.

(2) Das Gutachten hat neben den persönlichen Daten die Anamnese, den Untersuchungsbefund, die Diagnosen, die Einschätzung des Grades der Behinderung, eine Begründung für die Einschätzung des Grades der Behinderung innerhalb eines Rahmensatzes sowie die Erstellung des Gesamtgrades der Behinderung und dessen Begründung zu enthalten.

Inkrafttreten

Die Verordnung tritt mit dem auf die Kundmachung folgenden Tag in Kraft."

III. Anlassverfahren, Antragsvorbringen und Vorverfahrenrömisches drei. Anlassverfahren, Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

1.1. Die vor dem Bundesverwaltungsgericht beschwerdeführende Partei unterzog sich am 28. Februar 2017 einer Lungentransplantation und stellte am 9. Juli 2018 beim Sozialministeriumservice, Landesstelle Salzburg, den Antrag auf Verlängerung ihres befristeten Behindertenpasses und auf den Zusatzeintrag "Unzumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel". Mit Bescheid vom 16. Oktober 2018 wies das Sozialministeriumservice den Antrag nach Einholung eines Sachverständigengutachtens ab, weil der Grad der Behinderung laut Sachverständigengutachten, das sich auf Position Nr 06.02.01 der Anlage zur Einschätzungsverordnung bezog, (lediglich) 20 % betrage. Gegen diesen Bescheid erhob der Antragsteller Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Dieses holte weitere Sachverständigengutachten ein, die den (Gesamt-)Grad der Behinderung mit 20 bzw (unter Berücksichtigung einer weiteren Erkrankung des Bewegungsapparates) 40 % feststellten. Mit Erkenntnis vom 18. September 2019 gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Feststellung eines Grades der Behinderung von 60 % Folge; die Sachverständigengutachten seien nicht schlüssig und nachvollziehbar. Es sei daher nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes die Position Nr 06.02.03 der Einschätzungsverordnung mit einem Rahmensatz des Grades der Behinderung von 50 bis 70 % heranzuziehen. Überdies sei die beim Beschwerdeführer vorhandene Immunsuppression, für welche die Einschätzungsverordnung keine eigene Positionsnummer vorsehe, nach "Auskünften der Transplantationszentren und des Transplantationsbeirates Österreich" als höhergradig bis mittelschwer anzusehen und bei - analoger - Anwendung der Position Nr 10.03.14 ("mittelgradige Immundefekte") mit einem Grad der Behinderung von 50 % zu bewerten.

1.2. Auf Grund einer Amtsrevision des Sozialministeriumservice, Landesstelle Salzburg, hob der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 14. Oktober 2021, Ro 2020/11/0001, die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes auf: Das Bundesverwaltungsgericht sei in Widerspruch zu §4 Abs1 Einschätzungsverordnung und zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes den eingeholten Sachverständigengutachten ohne Einholung zusätzlicher Gutachten nicht gefolgt; vielmehr habe es gemeint, "aufgrund zusätzlich eingeholter (aus den Akten nicht ersichtlicher) Auskünfte und der 'Einsichtnahme in einschlägige Internetseiten' den Grad der Behinderung [...] ohne zusätzliche Gutachten einschätzen zu können und damit die medizinische Beurteilung aus eigenem - abweichend von den bereits vorliegenden Sachverständigengutachten - vornehmen zu können". Außerdem sei zu Unrecht keine mündliche Verhandlung durchgeführt worden.

1.3. Das Bundesverwaltungsgericht führte daraufhin eine mündliche Verhandlung durch und holte weitere Sachverständigengutachten sowie eine "Expertise" des Transplantationsbeirates bei der Gesundheit Österreich GmbH ein. In der Folge beschloss das Bundesverwaltungsgericht, "auf Grundlage des bisher ermittelten Sachverhaltes insbesondere der sich widersprechenden SV-Gutachten und der einhelligen Stellungnahme des TX-Beirates" den vorliegenden Verordnungsprüfungsantrag zu stellen.

2. Das Bundesverwaltungsgericht legt die Bedenken, die es zur Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof bestimmt

haben, wie folgt dar (ohne die Hervorhebungen im Original):

"III. A) Ziel und Zweck der Einschätzungsverordnung sowie rechtliche Grundlagen:

Rechtsgrundlage für die Ermächtigung zur Erlassung einer Verordnung über die Feststellung des Grades der Behinderung stellt §14 Abs3 Behinderteneinstellungsgesetz, BGBl Nr 22/1970 idgF – BEinstG dar. Die Norm setzt den Rahmen für den Verordnungsgeber, nämlich nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung, insbesondere unter Berücksichtigung der Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigungen auf das allgemeine Erwerbsleben und unter Bedachtnahme auf den Stand der medizinischen Wissenschaft festzulegen. Rechtsgrundlage für die Ermächtigung zur Erlassung einer Verordnung über die Feststellung des Grades der Behinderung stellt §14 Abs3 Behinderteneinstellungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr 22 aus 1970, idgF – BEinstG dar. Die Norm setzt den Rahmen für den Verordnungsgeber, nämlich nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung, insbesondere unter Berücksichtigung der Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigungen auf das allgemeine Erwerbsleben und unter Bedachtnahme auf den Stand der medizinischen Wissenschaft festzulegen.

Schlussfolgernd ist die Einschätzungsverordnung als Durchführungsverordnung unter Maßgabe der in §14 Abs3 BEinstG manifestierten finalen Programmierung zu qualifizieren. Eine solche Durchführungsverordnung darf sich nur im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung bewegen. Diese Art der Verordnung hat die Aufgabe, die Bestimmungen des Gesetzes zu präzisieren, die Durchführungs- oder Vollziehungsverordnung hat dadurch keine Kompetenz, neue Vorschriften, welche den Anwendungsbereich eines Gesetzes ausdehnen und Rechte der Normunterworfenen beschränken oder diesen Verpflichtungen auferlegen zu schaffen. Demnach hat sich die EVO in dem durch §14 Abs3 BEinstG geschaffenen Rahmen zu bewegen.

Im Jahr 2010 wurde die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung), BGBl II Nr 261/2010 erlassen. Diese Verordnung erfuhr durch BGBl II Nr 251/2012 eine Änderung. Im Jahr 2010 wurde die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung), Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 261 aus 2010, erlassen. Diese Verordnung erfuhr durch Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 251 aus 2012, eine Änderung.

§1 der Einschätzungsordnung definiert, was unter Behinderung zu verstehen ist: [...]

§2 Abs1 leg. cit. normiert, dass die Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigung als Grad der Behinderung zu beurteilen sind. Der Grad der Behinderung wird nach Art und Schwere der Funktionsbeeinträchtigung in festen Sätzen oder Rahmen-sätzen in der Anlage der Verordnung festgelegt. Die Anlage bildet einen Bestandteil der Verordnung.

Abs2 leg. cit. besagt, dass bei Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen, die nicht in der Anlage angeführt sind, der Grad der Behinderung in Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen festzulegen ist.

Die Stamfassung der Anlage zur Einschätzungsverordnung aus dem Jahr 2010 enthielt Positionsnummern bezüglich der Einschätzung von Funktionseinschränkungen nach Transplantationen diverser Organe.

So wurden unter Positionsnummer 07.05.08 Funktionseinschränkungen nach Lebertransplantationen mit einem Grad der Behinderung von 50-100 % eingeschätzt, unter Positionsnummer 07.07.03 Funktionseinschränkungen nach Pankreastransplantation mit einem Grad der Behinderung von 80-100 % eingeschätzt, unter Positionsnummer 05.04.05 Nierentransplantationen mit einem Grad der Behinderung von 50-80 % eingeschätzt,

Sonstige Positionsnummern, welche Bezug auf andere Organe wie Herz, Lunge oder Darm, welche regelmäßig in Österreich transplantiert werden, nahmen, fanden sich in der Stamfassung der Anlage zur Einschätzungsverordnung nicht.

Mit der Novelle der Einschätzungsverordnung bzw der Anlage zur Einschätzungsverordnung, welche gem. §2 Abs1 der Einschätzungsverordnung einen Bestandteil der Verordnung bildet, wurden sämtliche Positionsnummern mit Bezug auf Transplantationen ersatzlos gestrichen.

Wie nicht nur die diversen Sachverständigengutachten in den anhängigen Verfahren erkennen lassen sondern auch die Expertise des TX-Beirates erkennen lässt, fehlt es im Regelungsgehalt der Einschätzungsverordnung in der geltenden Fassung an Positionsnummern bzw an vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen, welche eine analoge Anwendung der mit einer Transplantation verbundenen medizinischen Auswirkungen ermöglichen würden.

Diesbezüglich sei unter anderem auf das Ergänzungsgutachten des Lungenfacharztes vom 25.11.2022 und dessen Ausführungen zu den mit der Transplantation verknüpften Begleitumständen und insbesondere auf die Ausführungen der Experten des TX-Beirates in dieser Fragestellung verwiesen. Der in §2 Abs2 BEinstG geforderte Ananogieschluss ist daher nicht möglich, etwaige bisher von Sachverständigen in diesem und ähnlich gelagerten Fällen vorgenommene Einschätzungen beruhen daher auf Annahmen, die nicht durch die Einschätzungsverordnung gedeckt sind.

Abgesehen von etwaigen Einschätzungen aufgrund der erfolgten Operation wird von den Sachverständigen bisher rein auf die Funktionsfähigkeit des transplantierten Organs abgestellt. Dies ist jedoch keinesfalls ausreichend, da die Funktionsbeeinträchtigung sich nicht nur die mit der Operation verbundenen Folgen beziehen kann sondern diese Funktionsbeeinträchtigung eine logische Konsequenz der durch die Auswirkungen der zur Erhaltung des Organs lebenslang notwendigen Medikamenteneinnahme in Form von Immunsuppressiva in Verbindung mit deren Nebenwirkungsprofilen ist.

III. B) Gegenwärtige Vorgangsweise bzw Praxis der Sachverständigen bei Einschätzung von Patienten nach Transplantation: römisch drei. B) Gegenwärtige Vorgangsweise bzw Praxis der Sachverständigen bei Einschätzung von Patienten nach Transplantation:

Die im Verfahren zur Festsetzung des Grades der Behinderung bzw betreffend der Beurteilung der Zumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel beigezogenen Sachverständigen stellen wie oben beschreiben bei ihrer Beurteilung rein auf die Funktionsfähigkeit des Transplantats ab. Von den Sachverständigen wird bei deren 'Einschätzung' weder auf das durch die unverzichtbare Einnahme von Immunsuppressiva stark reduzierte Immunsystem noch auf das damit einhergehende massiv erhöhte Infektionsrisiko und die daraus resultierende Gesundheitsgefährdung, sowie andere Folgeerscheinungen eingegangen.

Im anhängigen Verfahren wurde daher eine Expertise des Transplantationsbeirates bezüglich der medizinischen Beurteilung der Frage, inwieweit und in welchem Ausmaß bei transplantierten Personen gesundheitliche Beeinträchtigungen im Sinne von Funktionseinschränkungen vorliegen, angefordert.

Vom Vorsitzenden des TX-Beirates wurden zur Erstellung der Expertise führende medizinische Experten, großteils Leiter der bedeutendsten Transplantationszentren Österreichs (siehe dazu die im Sachverhalt angeführte Auflistung) beigezogen.

Auf Grundlage des vom BVwG übermittelten Fragenkatalogs übermittelte der TX-Beirat nach vorangegangenen Beschluss die im Sachverhalt wiedergegebene Stellungnahme.

Zusammenfassend steht für das BVwG auf Grundlage der einhelligen Stellungnahme des TX-Beirates fest, dass bei der Einschätzung von Personen nach Transplantation neben der Funktionsfähigkeit des transplantierten Organes ein besonderes Augenmerk auf die damit untrennbar verknüpften Konsequenzen hinsichtlich des Gesamtzustandes des transplantierten Patienten zu legen ist. Insbesondere sind das Nebenwirkungsprofil der notwendigen Medikamente (Immunsuppressiva, Antiinfektiva), die Co-Morbiditäten, die psychischen Belastungen und die Komplikationsgeneigtheit auf jeden Fall zu berücksichtigen (siehe dazu die Ausführungen der Experten zu Frage 1.).

All diese Faktoren spielen hinsichtlich der Lebensdauer eines transplantierten Organes bzw bei der Stammzellentransplantation eine immens bedeutende Rolle.

Die Expertise stellt auch klar, dass entgegen der geübten Praxis ein massiv erhöhtes Infektionsrisiko bei Patienten nach Transplantation besteht. Verstärkt wird dies auch durch den Umstand, dass bei Impfungen unter Immunsuppression eine niedrigere Erfolgsquote besteht.

An dieser Stelle ist auch darauf hinzuweisen, dass bei der angesprochenen Patientengruppe ein hohes Potential für Komplikationen bei Infektionen besteht, das im Extremfall zum Organversagen führen kann.

Fazit: Grundsätzlich sind Transplantierte chronisch krank, da sie lebenslang Medikamente nehmen müssen. Zusätzlich haben sie ein erhöhtes Risiko für bestimmte Erkrankungen und müssen gewisse Vorsichtsmaßnahmen treffen.

Einellig sind die Fachexperten der Meinung, dass auf Grundlage des gegenwärtigen Standes der Medizin und Wissenschaft zur Sicherstellung einer Gleichbehandlung der betroffenen PatientInnen es sinnvoll ist, eigene Positionsnummern in der Einschätzungsverordnung zu etablieren und ein standardisiertes Einschätzungsverfahren

einzuführen. Darüber hinaus ist jedoch aufgrund der Komplexität des Eingriffs zusätzlich eine individuelle Einschätzung der PatientInnen notwendig.

III. C) Präjudizialität:römisch drei. C) Präjudizialität:

Bedingt durch den Umstand, dass die Einschätzungsverordnung in diesen Verfahren zur Anwendung kommen müsste, diese aber im Gegensatz zur deutschen Rechtslage (vergleiche Versorgungsgemeinschafts-Verordnung) keine allgemeinen Regelungen zu Transplantationen und auch keine spezielle Regelung bezüglich Lungentransplantationen enthält, konnte keine rechtskonforme und nachvollziehbare bzw. nachprüfbar Einschätzung vorgenommen werden. Dementsprechend liegt hinsichtlich der beiden Verfahren Präjudizialität vor.

Weiters beziehen sich die medizinischen Gutachten betreffend die Zusatzeintragung 'Unzumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel' in den Behindertenpass immer auf den Erlass des BMSGPK (GZ: 2021-0.121.182 vom 21.05.2021). Folglich kommen die in diesem Erlass bzw. in der zugehörigen Arbeitsunterlage vorgenommenen Regelungen in jedem Verfahren betreffend Zusatzeintragungen in den Behindertenpass, insbesondere auch in dem anhängigen Verfahren zur Anwendung. Dementsprechend liegt betreffend des Erlasses bzw. der Arbeitsunterlage für medizinische Sachverständige Präjudizialität vor. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bedenken betreffend fehlender ordnungsgemäßer Kundmachung und Qualifikation des Erlasses als Verordnung wird auf den Punkt verfassungsrechtliche Bedenken hingewiesen.

III. D) Darlegung der Bedenken:römisch drei. D) Darlegung der Bedenken

1. Zu Spruchpunkt A) 1.:

§1 der Einschätzungsverordnung definiert, was unter Behinderung zu verstehen ist:

[...]

Auf Grundlage der medizinischen Stellungnahme der Transplantationsexperten ist es unbestritten, dass Patienten nach Transplantation, unabhängig ob Organ oder Stammzellen unter den Terminus der Behinderung gem. §1 der Einschätzungsverordnung fallen. Dies ergibt sich daraus, dass bei dieser Patientengruppe eine längerwährende, 6 Monate überschreitende körperliche bzw. damit in Verbindung stehende psychische Funktionsbeeinträchtigung besteht, welche geeignet ist, die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft, insbesondere am allgemeinen Erwerbsleben, zu erschweren. In diesem Zusammenhang sei auf die Tatsache hingewiesen, dass bei 'Transplantierten' generell unter anderem eine wesentlich erhöhte Infektanfälligkeit besteht und auch sonstige Beeinträchtigungen bedingt durch die Einnahme von Immunsuppressiva sowie durch andere Begleitumstände gegeben sind. Ebenfalls ist eine permanente regelmäßige Kontrolle hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Transplantate, der Dosierung der einzunehmenden Medikamente als auch deren Nebenwirkungsprofil und Auswirkungen auf den Körper im Allgemeinen und abgestimmt auf den Einzelfall unumgänglich, weshalb diese PatientInnen als chronisch krank anzusehen sind.

§2 Abs2 leg. cit. normiert zwar, dass bei Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen, die nicht in der Anlage angeführt sind, der Grad der Behinderung in Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen festzulegen ist, dies ist jedoch aufgrund des Fehlens von solchen Positionsnummern bzw. Funktionsbeeinträchtigungen welche einen derartigen Vergleich und damit eine Analogie zulassen würden, nicht möglich. Schlussfolgernd besteht auf Grundlage der herrschenden Lehre und Judikatur im Zusammenhang mit der fehlenden Regelung in der Einschätzungsverordnung eine planwidrige Lücke.

Zur Schließung einer Regelungslücke im Wege einer Analogie hat der VwGH in seiner Entscheidung vom 10.10.2018, Ra 2018/08/0189 Folgendes ausgesprochen:

Die Zulässigkeit der Schließung einer Regelungslücke im Wege einer Analogie setzt das Bestehen einer echten bzw. planwidrigen Rechtslücke voraus. Eine solche ist dort anzunehmen, wo das Gesetz - gemessen an der eigenen Absicht und immanenten Teleologie - unvollständig, also ergänzungsbedürftig ist, und wo die Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht. Da das öffentliche Recht, im Besonderen das Verwaltungsrecht, schon von der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist, muss eine auftretende Rechtslücke im Zweifel als beabsichtigt angesehen werden. Eine durch Analogie zu schließende echte Lücke ist nur dann gegeben, wenn das Gesetz anders nicht vollziehbar ist oder wenn es in eine Regelung einen Sachverhalt nicht einbezieht, auf den - unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes und gemessen an den mit der Regelung verfolgten Absichten des Gesetzgebers - dieselben Wertungsgesichtspunkte

zutreffen wie auf die im Gesetz geregelten Fälle und auf den daher - schon zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung - auch dieselben Rechtsfolgen angewendet werden müssen (VwGH 10.10.2018, Ra 2018/08/0189 mit Hinweis auf VwGH 4.5.2017, Ro 2014/08/0060, mwN).

Es steht zweifellos fest, dass Transplantierte aufgrund der damit einhergehenden Umstände unter den Terminus 'Behinderung' gem. §1 Einschätzungsverordnung fallen. Ebenso sind die mit der Transplantation einhergehenden Funktionsbeeinträchtigungen geeignet, eine Erschwerung der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft, insbesondere am allgemeinen Erwerbsleben für einen Zeitraum von mehr als 6 Monaten zu erschweren.

Zudem steht fest, dass in der gesamten Einschätzungsverordnung keine Positionsnummern bestehen, welche die Funktionsbeeinträchtigungen bzw deren Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beschreiben.

Es kann nicht in der Absicht des Ordnungsgebers gelegen sein, mit der Änderung der Einschätzungsverordnung im Jahr 2012 vorsätzlich eine planwidrige Lücke zu schaffen und damit eine Behindertengruppe bewusst zu benachteiligen, zumal ja ein Analogieschluss aufgrund obiger Ausführungen nicht möglich ist und eine dem Stand der medizinischen Wissenschaft entsprechende Einschätzung von Transplantierten nicht vorgenommen werden kann. Deshalb ist bereits aus diesem Umstand eine Verfassungswidrigkeit der Einschätzungsverordnung aufgrund einer planwidrigen Lücke gegeben, was in der Folge auch eine Verletzung des Art7 B-VG darstellt.

Es sind somit im Bereich von Transplantationen in der Einschätzungsverordnung bzw in deren Anlage Sachverhalte nicht einbezogen, auf die dieselben Wertungsgesichtspunkte zutreffen wie auf die in der Verordnung bzw deren Anlage geregelten Fälle und auf die daher auch dieselben Rechtsfolgen angewendet werden müssten, um eine verfassungsrechtlich bedenkliche Ungleichbehandlung zu vermeiden. Wie bereits näher oben dargelegt, bestehen keine derartigen Regelungen, welche eine Einschätzung von transplantierten Personen und den damit verbundenen medizinischen Umständen ermöglichen würde.

Gleichzeitig entspricht die Einschätzungsverordnung in der geltenden Fassung auch nicht Verordnungsermächtigung gem. §14 Abs3 BEinstG, weil in Abs3 dieser Bestimmung normiert ist, dass die näheren Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung unter anderem auf den Stand der medizinischen Wissenschaft Bedacht zu nehmen haben. Demnach liegt hier auch eine Verletzung des Art18 B-VG vor, da die Verordnung auf Grundlage der eingeholten Expertise der führenden Transplantationsmediziner Österreichs, nicht den gegenwärtigen Stand der medizinischen Wissenschaft widerspiegelt. Es wird darauf hingewiesen, dass diese Stellungnahme betreffend den Stand der medizinischen Wissenschaft keine Momentaufnahme darstellt sondern die langjährige Erfahrung und wissenschaftliche Aufarbeitung im Bereich des Transplantationswesens darstellt.

Ebenfalls nimmt die Einschätzungsverordnung keinerlei Bezug auf die mit einer Transplantation verbundenen Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigungen auf das allgemeine Erwerbsleben. Dass derartige Auswirkungen bestehen, ergibt sich aus der medizinischen Stellungnahme des TX-Beirates, in diesem Zusammenhang ist die erhöhte Infektionsgefahr, die zu berücksichtigende psychische Komponente, die ständige Einnahme von Medikamenten, wodurch bedingt durch das Nebenwirkungsprofil weitere Funktionsbeeinträchtigungen hervorgerufen werden, der unterdurchschnittliche Impfschutz und die permanente Kontrollenfordernis zu erwähnen.

Zu Spruchpunkt B)

Darlegung der Bedenken hinsichtlich des Erlasses bzw des 'Arbeitsbehelfs'/der 'Arbeitsunterlage' des BMSGPK bzw der Arbeitsunterlage (GZ: 2021-0.121.182 vom 21.05.2021):

Von den beigezogenen Sachverständigen betreffend Gutachtenserstellung in Verfahren des Behindertenrechtes wird von diesen permanent hinsichtlich der Beurteilung des Vorliegens der Zumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel auf den genannten Erlass bzw den Arbeitsbehelf, der teilweise auch als Richtlinie oder Arbeitsunterlage bezeichnet wird, verwiesen. Ein Erlass ist eine innenwirksame generelle Norm deren Adressatenkreis innerhalb der Verwaltung liegt. Unbestritten steht fest, dass die Arbeitsunterlage sich an die medizinischen Sachverständigen im Bereich des Sozialministeriums richtet, welche die Vorgangsweise bzw die Beurteilungsweisen für die jeweiligen Verfahren vorgibt.

Der Inhalt des Erlasses in die Feststellungen der medizinischen Sachverständigen ein und stellt die Rechtsgrundlage für deren Beurteilung dar.

Eine nähere Überprüfung des Erlasses kann leider nicht vorgenommen werden, da dieser Erlass zwar vom BVwG beim SMS angefordert wurde, das SMS jedoch mit Schreiben vom 19.05.2023 Folgendes mitteilte:

'bezugnehmend auf Ihre Anforderung zur Übermittlung der Arbeitsunterlage für gemäß §90 KOVG bestellte Sachverständige vom 10.05.2023 wird mitgeteilt, dass eine Übermittlung der Unterlage aufgrund eines Erlasses des BMSGPK (GZ: 2021-0.121.182 vom 21.05.2021) nicht möglich ist.

Laut Erlass ist dieser Arbeitsbehelf ausschließlich zum internen Gebrauch für die Koordinationsstelle Ärztlicher Dienst sowie den ärztlichen Dienst und die angestellten Ärztinnen und Ärzte im Sozialministeriumservice sowie für die gemäß §90 KOVG 1957 bestellten Sachverständigen bestimmt.'

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 15061/1997, 13632/1993) ist für die Qualität eines Verwaltungsaktes als Verordnung nicht der formelle Adressatenkreis und die äußere Bezeichnung und auch nicht die Art der Verlautbarung, sondern nur dessen Inhalt maßgebend. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 15061 aus 1997, 13632 aus 1993,) ist für die Qualität eines Verwaltungsaktes als Verordnung nicht der formelle Adressatenkreis und die äußere Bezeichnung und auch nicht die Art der Verlautbarung, sondern nur dessen Inhalt maßgebend.

Wird durch eine generelle Vorschrift die Rechtslage der Betroffenen gestaltet, so wendet sich diese ihrem Inhalt nach an die Allgemeinheit und stellt daher eine Rechtsverordnung dar.

Es ist dem BVwG durch eine auszugsweise Vorlage der Seite 102 der genannten Arbeitsunterlage für gem. §90 KOVG bestellte ärztliche Sachverständige bekannt, dass dieses 'Regelwerk' eine bindende Beurteilung betreffend des Vorliegens der Voraussetzungen für die Zusatzeintragung der Unzumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel beinhaltet und von den Sachverständigen herangezogen werden muss.

So legen die Ausführungen auf S 102 der Arbeitsunterlage klar und bindend fest, dass bei transplantierten Personen mit Immunsuppression – von einer Ausnahme abgesehen – die Unzumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel nicht gegeben ist. Obwohl sich die Arbeitsunterlage nur an die medizinischen Sachverständigen richtet, hat diese durch den verbindlichen Eingang in das Gutachten letztlich durch die Heranziehung des Sachverständigengutachtens für die behördlichen Verfahren und die gerichtliche Entscheidungsfindung Auswirkungen auf die Rechtsunterworfenen und damit auf die Allgemeinheit. Dies auch insofern, da die Zusatzeintragungen in den Behindertenpass unter Heranziehung der geltenden Rechtsprechung der Höchstgerichte als Civil Rights im Sinne des Art6 MRK bzw 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union angesehen werden.

Wie der S 102 der angeführten Arbeitsunterlage entnommen werden kann, legt diese fest, wer bezüglich schwerer anhaltender Erkrankungen des Immunsystems anspruchsberechtigt für die Zusatzeintragung der Unzumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel ist. Die diesbezüglichen normativen Regelungen der Arbeitsunterlage agieren gesetzesvertretend, weil keine entsprechenden Bestimmungen im Gesetzes- oder Verordnungsrang existieren. Bedingt durch den Umstand, dass die Behörde die Übermittlung der Arbeitsunterlage unter Hinweis auf den angeführten Erlass verweigert, kann nur betreffend der vorliegenden S 102 der Arbeitsunterlage (vom SMS am 13.6.2022 vorgelegt) der Verdacht geäußert werden, dass die Arbeitsunterlage in gesetzwidriger Weise normative Wirkungen entfaltet, ohne entsprechend kundgemacht zu sein. Ein konkretes Antragsbegehren kann vom BVwG mangels Vorliegens der Arbeitsunterlage nicht formuliert werden, sodass sich das BVwG auf die Anregung einer amtswegigen Überprüfung beschränken muss."

3. Der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz hat als verordnungserlassende Behörde die Akten betreffend das Zustandekommen der angefochtenen Verordnung vorgelegt und eine Äußerung erstattet, in der den im Antrag erhobenen Bedenken wie folgt entgegengetreten wird (ohne die Hervorhebungen im Original):

"A. Analogie gemäß §2 Abs2 Einschätzungsverordnung

Den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in Zusammenhang mit dem Vorliegen einer Rechtslücke ist entgegenzuhalten, dass die Rechtsprechung zwar die grundsätzliche Zulässigkeit der Analogie auch im öffentlichen Recht wiederholt anerkannt hat, im vorliegenden Fall aber eine gesetzliche Bestimmung vorliegt, die vorschreibt, dass bei Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen, die nicht in der Anlage zur Einschätzungsverordnung angeführt sind, der Grad der Behinderung in Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen festzulegen ist.

Für die Analogie ohne spezialgesetzliche Vorschrift ist freilich das Bestehen einer echten (d.h. planwidrigen) Rechtslücke notwendig. Sie ist dort anzunehmen, wo das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig, also ergänzungsbedürftig, ist, und wo seine Ergänzung nicht etwa einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht.

Eine durch Analogie zu schließende Lücke kommt auch nur dann in Betracht, wenn das Gesetz anders nicht vollziehbar ist oder wenn das Gesetz in eine Regelung einen Sachverhalt nicht einbezieht, auf welchen - unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes und gemessen an den mit der Regelung verfolgten Absichten des Gesetzgebers - ebendieselben Wertungsgesichtspunkte zutreffen, wie auf die im Gesetz geregelten Fälle und auf den daher - schon zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung - auch dieselben Rechtsfolgen angewendet werden müssen (zuletzt VwGH vom 29.10.2015, RO 2015/07/0019).

Im vorliegenden Fall ist jedoch festzuhalten, dass die Verordnung selbst für die Einschätzung des Grades der Behinderung eine Regelung für den Fall einer nicht in der Einschätzungsverordnung aufgelisteten Funktionsbeeinträchtigung enthält.

So ist nach §2 der Einschätzungsverordnung bei Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen, die nicht in der Anlage angeführt sind, der Grad der Behinderung in Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen festzulegen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass eine abschließende Auflistung aller möglichen Funktionsbeeinträchtigungen zu jedem erdenklichen Zeitpunkt faktisch nicht möglich ist.

Die Zulässigkeit dieser Vorgangsweise lässt sich unabhängig davon bereits aus dem einzig dezidiert auf Analogie Bezug nehmenden Erkenntnis des VwGH vom 12.09.1963, Zl. 0533/63 zur Richtsatzverordnung ableiten, wonach ein wesentlicher Begründungsmangel vorliegt, wenn ein Richtsatz analog angewendet wird, dafür jedoch keine Begründung gegeben wird, obwohl ein ärztliches Attest vorliegt, das gegen die vorgenommene Einschätzung spricht. Im Umkehrschluss wird eine begründete Analogieanwendung also zulässig sein.

Ginge man sohin davon aus, dass die Schwäche des Immunsystems in Zusammenhang mit der therapeutisch erforderlichen Immunsuppression auf Grund der Transplantation eine eigene Funktionseinschränkung darstellt, so hätte bei richtiger rechtlicher Auslegung der Einschätzungsverordnung das Bundesverwaltungsgericht §2 der Einschätzungsverordnung anwenden und nicht das Vorliegen der Voraussetzung für die generelle Anwendung einer Analogie, wie die Planwidrigkeit der Lücke, prüfen müssen.

Es liegt daher keine planwidrige Lücke, wie vom Bundesverwaltungsgericht angenommen, vor, sondern allenfalls eine Funktionsbeeinträchtigung, die mittels Analogie gem. §2 Abs2 der Einschätzungsverordnung beurteilt werden hätte müssen, wie auch im Erkenntnis des VwGH vom 14. Oktober 2021, Ro 2020/11/0001-4 ausgesprochen wurde, aber im weiteren Verfahren vom Bundesverwaltungsgericht unbeachtet geblieben ist.

B. Wahrung des Legalitätsprinzips des Art18 B-VG

Bis zum 1. September 2010 erfolgte die Einschätzung des Grades der Behinderung in Verfahren auf Ausstellung eines Behindertenpasses unter Zugrundelegung der gemäß den Vorschriften des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957 erlassenen Richtsatzverordnung.

Um dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft bzw den Anforderungen des heutigen Arbeitsmarktes Rechnung tragende Regelungen zu schaffen, wurden auf der Grundlage der dem Sozialminister in §14 Abs3 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG) eingeräumten Verordnungsermächtigung neue Kriterien für die Feststellung des Grades der Behinderung erarbeitet und mit Wirkung vom 1. September 2010 in Geltung gesetzt.

Der Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales ist ermächtigt, nach Anhörung des Bundesbehindertenbeirates gemäß §8 BBG durch Verordnung nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung festzulegen. Diese Bestimmungen haben die Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigungen (auf das allgemeine Erwerbsleben) zu berücksichtigen und auf den Stand der medizinischen Wissenschaft Bedacht zu nehmen.

Die Anlage ist Grundlage für die Einschätzung des Grades der Behinderung auf Grund körperlicher, geistiger oder psychischer Funktionsbeeinträchtigungen oder Beeinträchtigungen der Sinnesfunktionen im Rahmen einer ärztlichen Begutachtung und bildet einen Bestandteil der Verordnung. Die Anlage ist in einzelne Abschnitte gefasst und nach Organsystemen gegliedert. Die Gliederung wurde an die international gebräuchliche ICD 10 Klassifikation angelehnt.

Die Anlage enthält nähere Kriterien für die Durchführung der Einschätzung des Grades der Behinderung durch die ärztlichen Sachverständigen. Sie fasst allgemeine einschätzungsrelevante Kriterien wie diagnostische Methoden und Abgrenzungskriterien entsprechend dem etablierten medizinischen Standard zusammen und ermöglicht damit eine einheitliche Anwendung.

Die vorgenommene Einschätzung des Grades der Behinderung muss innerhalb eines festgelegten Rahmensatzes von den ärztlichen Sachverständigen immer individuell auf die konkrete Funktionsbeeinträchtigung bezogen begründet werden. Diese Begründung muss sich auf das funktionelle Defizit stützen und medizinisch schlüssig aus dem Untersuchungsbefund abgeleitet werden. Zieht eine Beeinträchtigung aus dem körperlichen, geistigen oder sinnesbedingten Funktionsbereich zusätzlich eine eingeschränkte Fähigkeit zur Anpassung an veränderte innere oder äußere Bedingungen im Sinne einer psychischen Funktionseinschränkung nach sich, so ist diese gesondert, wenn notwendig auch durch Analogie gem. §2 Abs2 der Einschätzungsverordnung, einzuschätzen.

Unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschrittes wurde daher im Zuge der Novellierung der Anlage zur Einschätzungsverordnung im Jahr 2012 die Position Funktionseinschränkung nach Transplantation gänzlich gestrichen.

Der VwGH hat bereits im Erkenntnis, Zl.2003/11/0304 ausgesprochen, dass die Beschwerdeführerin durch das Rügen des Umstandes, dass in der Richtsatzverordnung keine Richtsatzposition für die hier maßgebliche Schädigung durch UV-C-Licht vorgesehen sei, verkennt, dass ein auf §14 Abs2 BEinstG gestütztes Feststellungsverfahren die Einschätzung des Grades der Behinderung umfasst. §3 BEinstG definiert eine Behinderung im Sinne dieses Bundesgesetzes aber als Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder psychischen Zustand beruht. Gegenstand der Feststellung des Grades der Behinderung ist daher nicht wodurch eine solche Funktionsbeeinträchtigung eingetreten ist.

Aus dem Erkenntnis des VwGH, Ra 2017/11/0040 lässt sich zudem ableiten, dass, ausgehend von der Einschätzungsverordnung, der Grad der Behinderung nach Art und Schwere der Funktionsbeeinträchtigungen entsprechend den (festen oder Rahmen-)Sätzen der Anlage (die - wie der VwGH selbst festhält - im Einzelnen konkrete Parameter für die jeweilige Einstufung anführt) festzulegen ist und es für die Feststellung von Art und Ausmaß der Beeinträchtigung wie auch deren Auswirkungen eines ärztlichen Sachverständigengutachtens bedarf, wie §4 Abs1 der Verordnung unmissverständlich normiert.

Das heißt, dass Gegenstand der Einschätzung des Grades der Behinderung die Auswirkung einer Funktionsbeeinträchtigung ist, nicht aber deren zugrundeliegende Ursache.

Im konkreten Fall ist die Ursache die Immunsuppression auf Grund der Lungentransplantation, die Auswirkung aber die Schwächung des Immunsystems.

Die Schwächung des Immunsystems stellt in Zusammenhang mit der Immunsuppression auf Grund der Transplantation keine eigene Funktionseinschränkung dar, da eine Organtransplantation mit einem Fremdorgan beim Empfänger zwangsläufig eine dauerhafte Medikation, die eine Organabstoßungsreaktion verhindert, nach sich zieht. Diese Therapie ist daher untrennbar mit der Therapie der Organtransplantation an sich verbunden und daher aus ärztlicher Sicht als therapeutische Einheit zu betrachten.

Vor diesem Hintergrund entsprechender medizinischer Erkenntnisse wurde vom Ordnungsgeber normiert, dass eine solche Funktionsbeeinträchtigung nicht in der Anlage der Einschätzungsverordnung angeführt wird, sondern der Grad der Behinderung in Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen gemäß §2 Abs2 der Einschätzungsverordnung festzulegen ist.

Entgegen der Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts (S. 28 des Antrages) fehlt im Regelungsgehalt der Einschätzungsverordnung in der geltenden Fassung daher keine Positionsnummer. Das Bundesverwaltungsgericht hätte vielmehr weitere Gutachten einholen und die Funktionsbeeinträchtigung allenfalls mittels Analogie, wie gesetzlich vorgesehen, auf deren Basis beurteilen müssen.

Der Gesetzgeber hat §14 Abs3 BEinstG hinreichend konkrete Vorgaben normiert, anhand derer im verfassungsrechtlich zulässigen eingeräumten Spielraum die Festlegung der näheren Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung zu erfolgen hat. Die Einschätzungsverordnung legt in Umsetzung der

Vorgaben des §14 Abs3 BEinstG die konkreten näheren Kriterien für die Durchführung der Einschätzung des Grades der Behinderung durch die ärztlichen Sachverständigen fest.

Auf Grund der obigen Erwägungen liegt kein Widerspruch zur Verordnungsermächtigung gemäß §14 Abs3 BEinstG vor. Es liegt daher nach h.o. Ansicht kein Verstoß gegen Art18 B-VG vor.

C. Möglichkeit einer rechtskonformen und nachvollziehbaren bzw nachprüfaren Einschätzung des Grades der Behinderung im konkreten Anlassfall

Den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in Zusammenhang mit der vorgebrachten Unmöglichkeit eine rechtskonforme und nachvollziehbare bzw nachprüfbare Einschätzung vorzunehmen, ist entgegenzuhalten, dass alle im gegenständlichen Verfahren befassten Sachverständigen den Grad der Behinderung mit 20% einschätzen und das Vorliegen der Unzumutbarkeit der Benützung öffentlicher Verkehrsmittel wegen dauerhafter Mobilitätseinschränkung aufgrund einer Behinderung verneinen.

Lediglich eine manifeste cortisoninduzierte Osteoporose mit Muskelatrophie und erhöhter Frakturgefährdung (Pos. Nr 02.02.02 — Generalisierte Erkrankungen des Bewegungsapparates mit funktionellen Auswirkungen mittleren Grades) wurde im ergänzenden Gutachten vom 09.02.2019 mit einem GdB von 40% nacherfasst und ein Gesamtgrad der Behinderung von 40% festgestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht verweist auf das lungenfachärztliche Ergänzungsgutachten von *** vom 25.11.2022 und dessen Ausführungen zu den mit der Transplantation verknüpften Begleitumständen und auf die Ausführungen der Experten des TX-Beirates in dieser Fragestellung (S. 28 des Antrages).

Wie dem Antrag auf S. 7 selbst zu entnehmen ist, ist dem lungenfachärztliche Ergänzungsgutachten von *** vom 25.11.2022 Folgendes zu entnehmen:

1. 'Inwieweit sind in der vorgenommenen Einschätzung sonstige medizinisch relevante Begleitumstände wie beispielsweise herabgesetztes Immunsystem durch Einnahme von Immunsuppressiva, postoperative psychische Komponenten in Zusammenhang mit Angstzuständen vor einer Abstoßungsreaktion des Organs sowie Veränderung des Basenhaushaltes infolge Übersäuerung durch die einzunehmenden Medikamente erfasst?

In meinem lungenfachärztlichen Gutachten vom 19.7.2022 sind ausschließlich messbare Leistungseinschränkungen berücksichtigt/leistungsphysiologische Limitierungen und Lasten durch die stattgehabte Transplantation.

Eine psychische Komponente, die bei Transplantationspatienten sicherlich vorhanden ist, wurde hier nicht berücksichtigt.

Die Angst vor der Abstoßung des implantierten Organs, die konsequente Einnahme von Medikamenten und sicherlich auch die Angst vor die Abstoßung auslösenden Situationen stellen eine hohe psychische Belastung für die betroffenen Patienten dar. In meinem lungenfachärztlichen Gutachten kann darauf nicht Rücksicht genommen werden - es wurde hier die eigentliche Fragestellung der Gefährdung und Belastbarkeit des Patienten geklärt.

Die psychische Komponente stellt sicherlich einen Faktor einer Höherbewertung der Minderung der Erwerbsfähigkeit dar, überschreitet aber die Möglichkeiten der lungenfachärztlichen Bewertung.

2. Gibt es in der Einschätzungsverordnung aus medizinischer Sicht eine Positionsnummer, welche die o.a. medizinischen Begleitumstände erfasst?

Eine derartige Position in der Einschätzungsverordnung ist mir nicht bekannt.

3. Ist davon auszugehen, dass durch Einbeziehung obig genannter mit der Transplantation verknüpfter Begleitumstände eine andere Einschätzung auf Grundlage der Einschätzungsverordnung anzunehmen wäre?

Ja.

Wie unter Punkt 1. angeführt, stellen psychische Faktoren sicherlich einen relevanten Faktor in der Lebensqualität und täglichen Belastung dar - eine Einschätzung diesbezüglich müsste jedoch über einen Facharzt für Neurologie und Psychiatrie bzw Psychologie eingeschätzt werden.

Unter welchem Titel dies in der Einschätzungsverordnung unterzubringen ist, ist meinerseits leider nicht klärbar.'

Diesem Gutachten ist daher klar zu entnehmen, dass

- sich das Gutachten auf die lungenfachärztliche Expertise beschränkt und
- eine Einschätzung weiterer Faktoren durch weitere Gutachten – hier psychische Faktoren durch einen Facharzt für Neurologie und Psychiatrie bzw Psychologie - angeregt wird.

In diesem Zusammenhang wird auch auf das in diesem Verfahren ergangenen Erkenntnis des VwGH2020/11/0001-4 verwiesen, mit dem der Amtsrevision des Sozialministeriumservice gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. September 2019, ZL 17 2209652-1/21E und 1,517 2209652-2/3E, stattgegeben wurde und unter anderem Folgendes zu entnehmen ist:

'28 Es widerspricht nicht nur §4 Abs1 der zitierten Einschätzungsverordnung, sondern auch der hg. Rechtsprechung (vgl etwa VwGH 25.4.2019, Ra 2017/07/0140, Rn 56), nach der das Verwaltungsgericht der Anforderung, seine Beurteilung auf ein schlüssiges und widerspruchsfreies Sachverständigengutachten zu stützen, nicht gerecht wird, wenn es dann, wenn es ein Sachverständigengutachten für nicht schlüssig erachtet, seine fachliche Beurteilung an die Stelle der Sachverständigenbeurteilung setzt. Vielmehr ist das Verwaltungsgericht in einem solchen Fall gehalten, den Amtssachverständigen unter Vorhalt seiner Überlegungen zur Ergänzung seines Gutachtens aufzufordern oder erforderlichenfalls ein weiteres Gutachten einzuholen.'28 Es widerspricht nicht nur §4 Abs1 der zitierten Einschätzungsverordnung, sondern auch der hg. Rechtsprechung vergleiche etwa VwGH 25.4.2019, Ra 2017/07/0140, Rn 56), nach der das Verwaltungsgericht der Anforderung, seine Beurteilung auf ein schlüssiges und widerspruchsfreies Sachverständigengutachten zu stützen, nicht gerecht wird, wenn es dann, wenn es ein Sachverständigengutachten für nicht schlüssig erachtet, seine fachliche Beurteilung an die Stelle der Sachverständigenbeurteilung setzt. Vielmehr ist das Verwaltungsgericht in einem solchen Fall gehalten, den Amtssachverständigen unter Vorhalt seiner Überlegungen zur Ergänzung seines Gutachtens aufzufordern oder erforderlichenfalls ein weiteres Gutachten einzuholen.'

Zur Einschätzung des Grades der Behinderung hätte daher die Einholung eines weiteren Gutachtens erfolgen müssen. In diesem wäre wiederum ein Grad der Behinderung nach Maßgabe der Einschätzungsverordnung, wenn notwendig auch mittels Analogie, beurteilt worden.

D. Erlass des BMSGPK (GZ: 2021-0.121.182 vom 21.05.2021; 'Arbeitsbehelf')

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlgV105/05) ist für die Qualität als Verordnung nicht der formelle Adressatenkreis und die äußere Bezeichnung (vgl zur Verordnungsqualität eines 'Leitfadens': VfSlg 15.189/1998) und auch nicht die Art der Verlautbarung, sondern der Inhalt des Verwaltungsaktes maßgebend. Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlgV105/05) ist für die Qualität als Verordnung nicht der formelle Adressatenkreis und die äußere Bezeichnung vergleiche zur Verordnungsqualität eines 'Leitfadens': VfSlg 15.189 aus 1998,) und auch nicht die Art der Verlautbarung, sondern der Inhalt des Verwaltungsaktes maßgebend.

Voraussetzung für die Verordnungsqualität eines als 'Durchführungs Rundschreiben', 'Richtlinien' oder auch 'Erlass' bezeichneten Verwaltungsaktes ist ua, dass seine Formulierungen imperativ gehalten sind (und sich nicht etwa in einer bloßen Wiederholung des Gesetzestextes erschöpfen), indem sie das Gesetz bindend auslegen (VfSlg 5905/1969), und für eine allgemein bestimmte Vielzahl von Personen unmittelbar Geltung beanspruchen (dazu zB VfSlg 4759/1964, 8649/1979, 8807/1980, 9416/1982, 10.170/1984, 10.518/1985, 11.467/1987, 13.021/1992, 13.632/1993). Voraussetzung für die Verordnungsqualität eines als 'Durchführungs Rundschreiben', 'Richtlinien' oder auch 'Erlass' bezeichneten Verwaltungsaktes ist ua, dass seine Formulierungen imperativ gehalten sind (und sich nicht etwa in einer bloßen Wiederholung des Gesetzestextes erschöpfen), indem sie das Gesetz bindend auslegen (VfSlg 5905 aus 1969.), und für eine allgemein bestimmte Vielzahl von Personen unmittelbar Geltung beanspruchen (dazu zB VfSlg 4759 aus 1964,, 8649 aus 1979,, 8807 aus 1980,, 9416 aus 1982,, 10.170 aus 1984,, 10.518 aus 1985,, 11.467 aus 1987,, 13.021 aus 1992,, 13.632 aus 1993,,).

Die Grundlagen des Arbeitsbehelfs für ärztliche Sachverständige (Erlass GZ: 2021-0.121.182 vom 21.05.2021) bilden die Einschätzungsverordnung (EVO) samt dazugehöriger Anlage aus dem Jahr 2010, die Novelle zu dieser Verordnung aus dem Jahr 2012 und hinsichtlich der Zusatzeintragungen im Behindertenpass die entsprechenden Verordnungen und Erlässe.

Der Arbeitsbehelf ist so abgefasst, dass in ihm die Einschätzungsverordnung und die Anlage wiedergegeben und zu den einzelnen Positionen der Funktionsbeeinträchtigungen Anmerkungen angefügt werden.

Die einzelnen Abschnitte in der Anlage zur Einschätzungsverordnung sind nach Organsystemen und Erkrankungskomplexen, angelehnt an die ICD-10, geordnet.

Lila, kursiv gesetzte Kommentare zur Anlage sind als Erläuterungen zur Unterstützung einer nachvollziehbaren, ärztlich gutachterlichen Beurteilung zu verstehen. Aufgabe der kommentierten Anlage ist es, Sachverständigen eine Unterstützung bei der Einschätzung des Grades der Behinderung funktioneller Defizite, welche im Rahmen ärztlicher Begutachtungen festgestellt werden, zu geben.

Die Kommentare selbst stellen beispielhafte, erkrankungstypische, medizinisch definierte Abgrenzungskriterien dar, um eine Beurteilung verschiedener Schweregrade einzelner Funktionseinschränkungen zu ermöglichen.

Die Kommentare sind nicht abschließend aufgezählt und es werden keine Rechtspositionen über die Einschätzungsverordnung samt Anlage hinaus gestaltet.

Der Anspruch an den Arbeitsbehelf eine abschließende Auflistung sämtlicher erkrankungstypischer, medizinisch definierter Funktionsbeeinträchtigungen samt deren Auswirkungen zu erfüllen, ist faktisch nicht möglich und im Lichte des bewusst gesetzlich verankerten und im Verordnungsweg umgesetzten Ermessenspielraum für die Vollziehung nicht entsprechend determiniert worden.

Insoweit entfaltet der Arbeitsbehelf keine normative Bindungswirkung für die ärztlichen Sachverständigen, sondern ist im Sinne eines Kommentars als Auslegungshilfe für die Sachverständigen zu verstehen.

Der Arbeitsbehelf stellt daher keine Verordnung oder Teil der Einschätzungsverordnung im Sinne der obigen Rechtsprechung dar, die/der kundgemacht hätte werden müssen."

IV. Zulässigkeit römisch vier. Zulässigkeit

1. Gemäß Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen auf Antrag eines Gerichtes.

1.1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG bzw des Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG nur dann wegen Fehlens der Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl etwa VfSlg 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003). 1.1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG bzw des Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG nur dann wegen Fehlens der Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet vergleiche etwa VfSlg 10.640 aus 1985,, 12.189 aus 1989,, 15.237 aus 1998,, 16.245 aus 2001, und 16.927 aus 2003,).

Es ist nichts hervorgekommen, was an der Präjudizialität (zumindest von Teilen) der Einschätzungsverordnung im Verfahren vor dem antragstellenden Bundesverwaltungsgericht zweifeln ließe.

1.2. Das Bundesverwaltungsgericht begehrt (zunächst) die Feststellung der Gesetzwidrigkeit der Einschätzungsverordnung in ihrer geltenden Fassung. Ungeachtet der unpassenden Verwendung des Wortes "festzustellen" ist der Antrag als Aufhebungsbegehren zu verstehen (vgl zB VfSlg 17.695/2005, 20.576/2022). 1.2. Das Bundesverwaltungsgericht begehrt (zunächst) die Feststellung der Gesetzwidrigkeit der Einschätzungsverordnung in ihrer geltenden Fassung. Ungeachtet der unpassenden Verwendung des Wortes "festzustellen" ist der Antrag als Aufhebungsbegehren zu verstehen vergleiche zB VfSlg 17.695 aus 2005,, 20.576 aus 2022,).

1.3. Das Bundesverwaltungsgericht wendet sich gegen die Einschätzungsverordnung zur Gänze. Das Bedenken des Bundesverwaltungsgerichtes besteht auf das Wesentliche zusammengefasst darin, dass der Anhang zur

Einschätzungsverordnung deshalb gesetzwidrig sei, weil er keine Einschätzungsansätze für Funktionseinschränkungen infolge einer Lungentransplantation enthält.

1.3.1. Nach §57 Abs1 Satz 1 VfGG muss der Antrag, eine Verordnung als gesetzwidrig aufzuheben, begehren, dass entweder die Verordnung ihrem ganzen Inhalt nach oder dass bestimmte Stellen der Verordnung als gesetzwidrig aufgehoben werden. Der Antrag muss sodann gemäß §57 Abs1 Satz 2 VfGG die Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit der angefochtenen Bestimmungen der Verordnung "im Einzelnen" darlegen. Die Zulässigkeit der Anfechtung einer Verordnung zur Gänze setzt voraus, dass zu allen trennbaren Vorschriften Bedenken vorgebracht werden (vgl etwa VfSlg 19.721/2012 und zuletzt zB VfGH 16.6.2023, G85/2021, V116/2021). 1.3.1. Nach §57 Abs1 Satz 1 VfGG muss der Antrag, eine Verordnung als gesetzwidrig aufzuheben, begehren, dass entweder die Verordnung ihrem ganzen Inhalt nach oder dass bestimmte Stellen der Verordnung als gesetzwidrig aufgehoben werden. Der Antrag muss sodann gemäß §57 Abs1 Satz 2 VfGG die Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit der angefochtenen Bestimmungen der Verordnung "im Einzelnen" darlegen. Die Zulässigkeit der Anfechtung einer Verordnung zur Gänze setzt voraus, dass zu allen trennbaren Vorschriften Bedenken vorgebracht werden vergleiche etwa VfSlg 19.721 aus 2012, und zuletzt zB VfGH 16.6.2023, G85/2021, V116/2021).

1.3.2. Dies ist hier nicht der Fall. Weder erhebt der Antrag Bedenken gegen alle Regelungen der Einschätzungsverordnung, noch stehen alle Bestimmungen dieser Verordnung aus der Perspektive der geltend gemachten Bedenken in einem Zusammenhang mit jenen Regelungen, gegen welche Bedenken erhoben wurden.

1.3.2.1. Die Einschätzungsverordnung definiert in §1 den Begriff der Behinderung im Verständnis dieser Verordnung. §2 Einschätzungsverordnung ordnet an, dass der Grad der Behinderung nach der Art und Schwere der Funktionsbeeinträchtigung in festen Sätzen oder Rahmensätzen in der Anlage dieser Verordnung festgelegt wird. Gemäß §2 Abs1 leg. cit. ist der Grad der Behinderung für nicht in der Anlage zur Verordnung angeführte Funktionsbeeinträchtigungen "in Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen festzulegen". §3 Einschätzungsverordnung regelt die Vorgangsweise, wenn mehrere Funktionsbeeinträchtigungen gleichzeitig vorliegen. §4 Abs1 Einschätzungsverordnung ordnet an, dass die Grundlage für die Einschätzung des Grades der Behinderung ein – in Abs2 näher spezifiziertes – ärztliches Sachverständigengutachten zu bilden hat. Die Anlage zur Einschätzungsverordnung listet zahlreiche Funktionsbeeinträchtigungen auf und ordnet ihnen Grade der Behinderung als feste Sätze oder Rahmensätze zu.

1.3.2.2. Die §§1, 3 und 4 der Einschätzungsverordnung stehen vor dem Hintergrund der geltend gemachten Bedenken in keinem Zusammenhang mit §2 leg. cit. iVm der Anlage zur Verordnung. Das Bundesverwaltungsgericht macht gegen die erstgenannten Bestimmungen der Einschätzungsverordnung jedoch keine gesonderten Bedenken geltend. 1.3.2.2. Die §§1, 3 und 4 der Einschätzungsverordnung stehen vor dem Hintergrund der geltend gemachten Bedenken in keinem Zusammenhang mit §2 leg. cit. in Verbindung mit der Anlage zur Verordnung. Das Bundesverwaltungsgericht macht gegen die erstgenannten Bestimmungen der Einschätzungsverordnung jedoch keine gesonderten Bedenken geltend.

1.3.3. Anträge, die den Erfordernissen des §57 Abs1 VfGG nicht entsprechen, sind nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl VfSlg 14.320/1995, 14.526/1996, 15.977/2000, 18.235/2007) nicht im Sinne von §18 VfGG verbesserungsfähig, sondern als unzulässig zurückzuweisen (vgl etwa VfSlg 12.797/1991, 13.717/1994, 17.111/2004, 18.187/2007, 19.505/2011, 19.721/2012 und zuletzt etwa VfGH 1.10.2020, V405/2020; 18.3.2022, V264/2021). 1.3.3. Anträge, die den Erfordernissen des §57 Abs1 VfGG nicht entsprechen, sind nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes vergleiche , VfSlg 14.320 aus 1995,, 14.526 aus 1996,, 15.977 aus 2000,, 18.235 aus 2007,) nicht im Sinne von §18 VfGG verbesserungsfähig, sondern als unzulässig zurückzuweisen vergleiche , etwa VfSlg 12.797 aus 1991,, 13.717 aus 1994,, 17.111 aus 2004,, 18.187 aus 2007,, 19.505 aus 2011,, 19.721 aus 2012, und zuletzt etwa VfGH 1.10.2020, V405/2020; 18.3.2022, V264/2021).

1.3.4. Der Antrag A) 1. erweist sich daher als unzulässig.

2. Das Bundesverwaltungsgericht begehrt weiters, der Verfassungsgerichtshof möge "den Ordnungsgeber an[...]weisen, innerhalb angemessener Zeit den verfassungskonformen Zustand der Einschätzungsverordnung und deren Anlage, die gem. §2 Abs1 leg. cit. einen Bestandteil der Verordnung bildet, mittels Schaffung von Positionsnummern für Patienten nach Transplantation in Verbindung mit der Einnahme von Immunsuppressiva herzustellen."

Weder die Bundesverfassung noch das VfGG räumen dem Verfassungsgerichtshof jedoch die Befugnis zu solchen "Anweisungen" an eine zur Verordnungserlassung zuständige Behörde ein. Der Antrag A) 2. ist daher ebenfalls unzulässig.

3. Soweit das Bundesverwaltungsgericht schließlich anregt, der Verfassungsgerichtshof möge von Amts wegen den "Erlass des BMSGPK (GZ: 2021-0.121.182 vom 21.05.2021) – der Arbeitsunterlage für gem. §90 KOVG bestellte ärztlich Sachverständige der Abteilung IV/8 des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz" in Prüfung ziehen und dessen nicht ordnungsgemäße Kundmachung als Verordnung feststellen, ist auf Folgendes hinzuweisen:

Der Verfassungsgerichtshof hat gemäß Art139 Abs1 Z2 B-VG Verordnungen von Amts wegen in Prüfung zu ziehen, sofern er sie in einer bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden und Bedenken gegen ihre Gesetzmäßigkeit, insbesondere die Gesetzmäßigkeit ihrer Kundmachung (vgl Art139 Abs3 Z3 B-VG), hat. Da der Verfassungsgerichtshof den genannten Erlass – dessen Verordnungsqualität hier daher dahinstehen kann – aus Anlass des vorliegenden Verordnungsprüfungsantrages nicht anzuwenden hat, kommt die amtswegige Einleitung eines Verordnungsprüfungsverfahrens (schon aus diesem Grunde) nicht in Betracht. Der Verfassungsgerichtshof hat gemäß Art139 Abs1 Z2 B-VG Verordnungen von Amts wegen in Prüfung zu ziehen, sofern er sie in einer bei ihm anhängigen Rechtssache anzuwenden und Bedenken gegen ihre Gesetzmäßigkeit, insbesondere die Gesetzmäßigkeit ihrer Kundmachung vergleiche Art139 Abs3 Z3 B-VG), hat. Da der Verfassungsgerichtshof den genannten Erlass – dessen Verordnungsqualität hier daher dahinstehen kann – aus Anlass des vorliegenden Verordnungsprüfungsantrages nicht anzuwenden hat, kommt die amtswegige Einleitung eines Verordnungsprüfungsverfahrens (schon aus diesem Grunde) nicht in Betracht.

V. Ergebnisrömisch fünf. Ergebnis

1. Der Antrag ist daher als unzulässig zurückzuweisen.

2. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Schlagworte

VfGH / Gerichtsantrag, VfGH / Bedenken, VfGH / Präjudizialität, Behinderte, Weisung, Verordnungsbegriff

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VFGH:2024:V50.2023

Zuletzt aktualisiert am

10.12.2024

Quelle: Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at