

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/1/22 2001/11/0278

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.01.2002

## Index

43/01 Wehrrecht allgemein;

## Norm

WehrG 1990 §15 Abs1;

WehrG 1990 §23 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldner und die Hofräte Dr. Graf und Dr. Pallitsch als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Runge, über die Beschwerde des Ing. M in W, vertreten durch Rechtsanwälte Haslinger/Nagele & Partner, 4020 Linz, Landstraße 12, gegen den Bescheid des Militärkommandos Oberösterreich vom 6. Juli 2001, Zl. 694180236-1112/90/01, betreffend Feststellung der Eignung zum Wehrdienst, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.089,68 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Zur Vorgeschichte des Beschwerdefalles wird auf das hg. Erkenntnis vom 9. November 1999, Zl. 98/11/0308, hingewiesen. Mit diesem wurde der Bescheid der belangten Behörde vom 16. November 1998, mit dem die Tauglichkeit des (im Jahr 1969 geborenen) Beschwerdeführers festgestellt worden war, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben, weil keine schlüssige ärztliche Beurteilung der körperlichen Eignung des Beschwerdeführers vorlag.

Im fortgesetzten Verfahren holte die belangte Behörde zunächst ein Gutachten des Facharztes für Orthopädie Dr. I. vom 27. April 2000 ein. In diesem Gutachten wird im Wesentlichen ausgeführt, für die vom Beschwerdeführer angegebenen Schmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule und im Bereich des rechten Kniegelenkes fehle sowohl auf Grund der MR-Tomographie des rechten Kniegelenks und der Lendenwirbelsäule als auch auf Grund der klinischen Untersuchung jegliches morphologisches Substrat für das Vorliegen einer organischen Krankheit. Auf Grund der seit Jahren bestehenden Beschwerden könne von einer massiven Einwirkung in die psychische Sphäre des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Es handle sich somit um einen Leidenszustand mit Krankheitswert. Für ein Grundlagentraining sei der Beschwerdeführer grundsätzlich geeignet. Auf den Gesundheitszustand aus orthopädischer

Sicht müsste ein solches eine positive Wirkung haben, auf die psychische Sphäre sei sicherlich mit einer Verschlechterung zu rechnen. Aus orthopädischer Sicht sei keine Gefahr für eine organische gesundheitliche Schädigung durch die üblichen Belastungen im Rahmen des Präsenzdienstes zu erwarten.

Die belangte Behörde holte hierauf des Gutachtens des Facharztes für Neurologie und Psychiatrie Dr. B. vom 9. Juni 2000 ein. In diesem wird u.a. Folgendes ausgeführt:

"...

Psychiatrischer Befund: Der Untersuchte ist wach, kontaktfähig, kooperationsbereit und -fähig. Die Stimmungslage ist indifferent bei gut gegebener Aufhellbarkeit, die Affektlage durchaus adäquat. Keine psychotischen Radikale, keine formalen oder inhaltlichen Denkstörungen, keine Hinweise für Angst- oder Zwangssymptomatik. Antrieb normal, keine Hinweise auf Substanzabusus. Keine suicidalen Tendenzen. Keine kognitiven oder amnestischen Defizite.

Diskret ängstlich vermeidende Persönlichkeitsstruktur, sonst keine psychopathologischen Auffälligkeiten.

Diagnose: Ausschluss eines depressiven Syndroms

Stellungnahme: Klinisch-psychiatrisch ergeben sich aktuell

und auch im Hinblick auf die Anamnese keine Verdachtsmomente für das Vorliegen einer depressiven Störung. Auch für eine Somatisierung keine Hinweise."

Der Beschwerdeführer erstattete zu diesen Gutachten die Stellungnahme vom 4. Juli 2000, der er den Befund des Facharztes für Unfallchirurgie Dr. M. vom 26. Juni 2000 anschloss. In seiner Stellungnahme lehnte der Beschwerdeführer den Sachverständigen Dr. I. auf Grund dessen Einstellung zum Beschwerdeführer ab und bezeichnete das Gutachten Dris. I. unter Bezugnahme auf den fachärztlichen Befund Dris. M. vom 26. Juni 2000 als unzureichend und mangelhaft. Er wiederholte dieses Vorbringen im Wesentlichen in seiner weiteren Stellungnahme vom 11. August 2000.

Mit seinem Schriftsatz vom 21. September 2000 legte der Beschwerdeführer ein (an Dr. R. gerichtetes) Ersuchen (um Durchführung von Untersuchungen) des Facharztes für Innere Medizin und Rheumatologie Dr. L. vom 18. September 2000 vor, in dem als Diagnose der "Verdacht auf Fibromyalgie-Syndrom" genannt wird. Der Beschwerdeführer brachte dazu vor, beim "Fibromyalgie-Syndrom" handle es sich um eine heimtückische rheumatologische Erkrankung, die relativ unbekannt und außerdem nur schwer diagnostizierbar sei. Es sei vielen Ärzten nicht bekannt und sei begleitet von Schmerzen am ganzen Körper, Kopfschmerzen, Migräne, Einschlaf- und Durchschlafstörungen, Magen- und Darmbeschwerden, all dies begleitet von Müdigkeit mit schneller Erschöpfbarkeit, gleichzeitig verbunden mit geringer Belastbarkeit. Röntgenbilder, Routine- und Laboruntersuchungen sowie diverse CT/MR-Befunde wiesen in der Regel negative Befunde auf und erschwerten den Ärzten damit die Diagnose. Der Beschwerdeführer habe den von der belangten Behörde mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragten Facharzt Dr. P. anlässlich der Befundaufnahme am 20. September 2000 auf den von Dr. L. diagnostizierten Verdacht auf Fibromyalgie-Syndrom ausdrücklich hingewiesen. Die Beurteilung der Tauglichkeit des Beschwerdeführers setze somit den Abschluss diverser von Dr. L. angeordneter Untersuchungen und die darauf aufbauende endgültige Diagnose voraus. Seitens der belangten Behörde seien daher dementsprechend ergänzende Untersuchungen bzw. Feststellungen erforderlich.

Mit Schreiben vom 31. Oktober 2000 forderte die belangte Behörde den Beschwerdeführer auf, die im Schreiben von Dr. L. geforderten Untersuchungsergebnisse vorzulegen.

Mit Schriftsatz vom 21. November 2000 legte der Beschwerdeführer ein Schreiben Dris. L. vom 16. November 2000 vor, in dem unter Hinweis auf als bekannt vorausgesetzte Befunde das Fibromyalgie-Syndrom diagnostiziert wird. Der Schriftsatz enthält Ausführungen zum Fibromyalgie-Syndrom, die sich im Wesentlichen mit jenen im Schriftsatz vom 21. September 2000 decken.

Am 22. November 2000 langte bei der belangten Behörde das Gutachten des Facharztes für Orthopädie Dr. P. vom 20. September 2000 ein, das nach ausführlicher Darstellung der Untersuchungsergebnisse in der Zusammenfassung zu dem Ergebnis kommt, dass der Beschwerdeführer orthopädischerseits für mittelschwere und fallweise schwere Arbeiten in wechselnder Körperhaltung geeignet sei. Ein regelmäßiges Muskeltraining sei erforderlich. Heilbehelfe wie Kniekappe und Einlagen seien bei länger dauernder Belastung zweckmäßig.

Mit Schreiben vom 30. November 2000 forderte die belangte Behörde den Beschwerdeführer neuerlich auf, Ergebnisse der im Schreiben Dris. L. vom 18. September 2000 für erforderlich erachteten Untersuchungen vorzulegen.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2000 legte der Beschwerdeführer den Blutbefund des Labors R. vom 16. November 2000 und den Befund des Facharztes für Radiologie Dr. R. vom 16. Oktober 2000 vor.

Mit Schreiben vom 31. Jänner 2001 verständigte die belangte Behörde den Beschwerdeführer, dass sie auf Grund der vorliegenden Beweise zu folgenden Diagnosen komme: Zustand nach Schiunfall 1986 mit bleibender leichter Elongation des vorderen Kreuzbandes des rechten Kniegelenkes, Beinlängendifferenz (1 cm), leichte skoliotische Fehlhaltung der Wirbelsäule und rezidivierende Kreuz- und Knieschmerzen. Sie sehe auf Grund dieses Sachverhaltes keinen Hinderungsgrund für die Ableistung des Präsenzdienstes. Allfällige Einschränkungen von bestimmten Ausbildungsgängen könnten vom Truppenarzt bestimmt werden.

Mit Schriftsatz vom 16. Februar 2001 legte der Beschwerdeführer den Befundbericht des Facharztes für Anästhesie und Intensivmedizin Dr. M. vom 15. Februar 2001 vor, in dem die Diagnose "Polymyalgischer Schmerz bei Fibromyalgiesyndrom Schmerzkrankheit nach Gerbershagen" gestellt wird. Der Beschwerdeführer führt in diesem Schriftsatz aus, die belangte Behörde habe offenbar das bereits umfassend belegte Fibromyalgie-Syndrom kommentarlos übergangen. Bei ausreichender Auseinandersetzung mit den vorgelegten Befunden wäre die Stellungskommission zu der Annahme gekommen, dass schon das diagnostizierte Fibromyalgie-Syndrom allein einen Hinderungsgrund für die Ableistung des Präsenzdienstes darstelle. Die von der belangten Behörde durchgeführten ärztlichen Untersuchungen seien nicht geeignet, ein Fibromyalgie-Syndrom zu diagnostizieren. Der Schriftsatz enthält weitere Ausführungen zum Fibromyalgie-Syndrom mit Hinweisen auf Fachliteratur.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 6. Juli 2001 wurde gemäß § 23 Abs. 2 Wehrgesetz 1990 - WG die Eignung des Beschwerdeführers zum Wehrdienst mit "Tauglich" festgestellt.

In der Begründung dieses Bescheides führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensverlaufes aus, beim Beschwerdeführer lägen Beschwerden hinsichtlich des rechten Kniegelenkes vor, die auf eine leichte Instabilität infolge einer leichten Elongation des vorderen Kreuzbandes zurückzuführen seien. Beim Beschwerdeführer lägen ferner Wirbelsäulenbeschwerden vor. Der von der belangten Behörde beigezogene Facharzt für Orthopädie Dr. I. habe diesbezüglich keine organische Krankheit feststellen können. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Ablehnung dieses Sachverständigen sei unbegründet. Um den Einwendungen des Beschwerdeführers gerecht zu werden sei jedoch ein weiteres Gutachten eines Facharztes für Orthopädie eingeholt worden. Im Gutachten Dris. P. sei lediglich eine Fehlhaltung der Brust- und Lendenwirbelsäule mit minimalen degenerativen Veränderungen diagnostiziert worden.

Die belangte Behörde gehe davon aus, dass beim Beschwerdeführer "aus subjektiven Wahrnehmungen ein Fibromyalgie-Syndrom" vorliege. Dieses werde im Pschyrembel "Medizinisches Wörterbuch" 258. Auflage, wie folgt beschrieben: Schmerzen in mindestens drei Regionen seit wenigstens drei Monaten; mindestens sieben von 14 typischen Punkten druckschmerzhaft; kein Druckschmerz an konkret definierten Kontrollpunkten; normale Laborwerte (BKS, Leukozyten, Rheumafaktor, antinukleäre Antikörper, CPK) und normale Röntgenbefunde. In Zusammenschau der vom Beschwerdeführer vorgelegten und von der belangten Behörde erhobenen Facharztbefunde, Laborbefunde und Röntgenbefunde, verglichen mit den oben genannten Diagnosekriterien des Fibromyalgie-Syndroms, träfen auf den Beschwerdeführer normale Laborwerte zu. Die Röntgenbefunde, die der Beschwerdeführer Dr. P. vorgelegt habe, zeigten eine minimale Ileosakralgelenksarthrose. Aus den beurteilten Untersuchungsberichten sämtlicher herangezogener unfallchirurgischer bzw. orthopädischer Fachärzte ergäben sich auch nach Studium der einschlägigen Literatur keine überwiegenden Anhaltspunkte für das Vorliegen der Merkmale des Fibromyalgie-Syndroms. Nicht einmal der vom Beschwerdeführer als Facharzt herangezogene Spezialist Dr. L. gehe inhaltlich auf das Vorliegen eines Fibromyalgie-Syndroms ein, sondern erschöpfe sich lediglich in Therapievorschlügen. Seitens der Stellungskommission sei daher "keine Diagnosevergabe" möglich.

An strukturellen Veränderungen seien beim Beschwerdeführer eine Beinlängendifferenz, ein leichter Beckenschiefstand mit konsekutiver Skoliose, sowie eine leichte Instabilität des rechten Kniegelenkes (ohne entsprechenden MR-tomographischen Befund) nachweisbar. Die Stellungskommission messe somit jenen Schmerzangaben Bedeutung zu, die mit den strukturellen Veränderungen in Einklang gebracht werden können. Die übrigen vom Beschwerdeführer vorgebrachten Beschwerden seien zwar subjektiv vorhanden, aber nach Auffassung

der Stellungskommission nach eingehender eigener Beurteilung und Beurteilung durch die angeführten Fachärzte nicht von so schwer wiegender Natur, als dass von der Untauglichkeit des Beschwerdeführers ausgegangen werden könnte.

Auch unter Berücksichtigung der beim Beschwerdeführer festgestellten rezidivierenden Kreuz- und Kniebeschmerzen, der Beinlängendifferenz, der leichten Instabilität des rechten Kniegelenks und des leichten Beckenschiefstandes mit konsekutiver Skoliose sei der Beschwerdeführer in der Lage, eine militärische Ausbildung (im eingeschränkten Maß) zu absolvieren. Er könne eine Waffe bedienen und ein gewisses Mindestmaß an Kraftanstrengung und Beweglichkeit entwickeln.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und beantragt in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Beschwerdeführer hat sich dazu gemäß § 36 Abs. 8 zweiter Satz VwGG geäußert.

Der Verwaltungsgerichtshof hat - in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z. 2 VwGG gebildeten Senat - erwogen:

Der Beschwerdeführer vertritt vorweg die Auffassung, er sei mit Einberufungsbefehl vom 11. September 1998 zur Ableistung des Grundwehrdienstes ab 1. Februar 1999 einberufen worden, sodass er infolge vollständiger Ableistung des Präsenzdienstes keiner Stellungspflicht unterliege und auch jede Grundlage für die bekämpfte Tauglichkeitsfeststellung fehle.

Zur Erwidern auf dieses Beschwerdevorbringen genügt es, gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die den Beschwerdeführer betreffenden hg. Erkenntnisse vom 23. Oktober 2001, Zl. 2001/11/0013 und Zl. 2001/11/0309, hinzuweisen. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesen Erkenntnissen näher begründet, dass der Beschwerdeführer den Einberufungsbefehl vom 11. September 1998 nicht zu befolgen brauchte, ihn auch nicht befolgt und damit auch seinen Grundwehrdienst bisher nicht geleistet hat.

Gemäß § 15 Abs. 1 WG darf in das Bundesheer nur einberufen werden, wer u.a. die notwendige körperliche und geistige Eignung für eine im Bundesheer in Betracht kommende Verwendung besitzt. Demnach genügt nunmehr - im Unterschied zu der bis zum Inkrafttreten des Wehrrechtsänderungsgesetzes 1988 mit 1. Juli 1988 bestandenen Rechtslage (wonach bis dahin die volle körperliche und geistige Eignung zum Dienst im Bundesheer Voraussetzung für die Aufnahme in dieses war) - die notwendige körperliche und geistige Eignung für eine im Bundesheer in Betracht kommende Verwendung. Dies setzt u.a. das erforderliche Mindestmaß an Kraftanstrengung und Beweglichkeit für eine zumindest eingeschränkte militärische Ausbildung zum Dienst mit der Waffe voraus (siehe dazu das den Beschwerdeführer betreffende Erkenntnis vom 9. November 1999, Zl. 98/11/0308, mwN).

Ein auf "Tauglich" lautender Beschluss der Stellungskommission bedarf gemäß § 23 Abs. 2 letzter Satz WG der Zustimmung des Arztes. Die einem solchen Beschluss zugrunde liegende ärztliche Beurteilung muss erkennen lassen, aus welchem Grund der Arzt der Auffassung ist, der Stellungspflichtige besitze die notwendige körperliche und geistige Eignung im oben beschriebenen Sinn.

Die belangte Behörde hat auf Grund der von ihr eingeholten Gutachten von Fachärzten für Orthopädie mit Recht die Auffassung vertreten, dass die darin beschriebenen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers dessen Tauglichkeit nicht ausschließen, weil die beschriebenen Einschränkungen die zumindest eingeschränkte militärische Ausbildung im oben beschriebenen Sinne nicht hindern. Dies gilt auch für die klinisch-psychiatrische Beurteilung im Gutachten Dr. B., wonach sich keine Verdachtsmomente für das Vorliegen einer depressiven Störung ergäben. Dem ist der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren auch nicht konkret entgegen getreten. Soweit er sich in der Beschwerde auf eine mit dieser vorgelegte fachärztliche Stellungnahme Dr. P. vom 13. Juni 2000 stützt, ist er darauf hinzuweisen, dass er diese Stellungnahme nach der Aktenlage im Verwaltungsverfahren nicht vorgelegt hat. Im Übrigen steht diese Stellungnahme, die sich auf die psychiatrische Seite der Beurteilung beschränkt, nicht im Widerspruch zu dem von der belangten Behörde eingeholten Gutachten Dr. B. Auch in dieser Stellungnahme wird keine depressive Erkrankung des Beschwerdeführers diagnostiziert. Die derzeit gelegentlichen depressiven Befindlichkeitsstörungen werden mit den Belastungen durch das Stellungsverfahren in Zusammenhang gebracht.

Die belangte Behörde hat aber ihren Bescheid deshalb mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet, weil sie zu dem vom Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren mehrfach

erstatteten und durch die Vorlage von fachärztlichen Befunden Dr. L. vom 16. November 2000 und Dr. M. vom 15. Februar 2001 untermauerten Vorbringen, bei ihm bestehe ein Fibromyalgie-Syndrom, kein (fach)ärztliches Gutachten eingeholt hat. Die dafür gegebene Begründung (auf Seite 10 des angefochtenen Bescheides) ist nicht schlüssig. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer normale Laborwerte aufweist und die Röntgenbefunde (nur) eine minimale Ileosakralgelenksarthrose zeigen, ist im gegebenen Zusammenhang ohne Bedeutung, weil sowohl nach dem von der belangten Behörde herangezogenen medizinischen Wörterbuch als auch nach der vom Beschwerdeführer vorgelegten Fachliteratur das Fibromyalgie-Syndrom durch Labor- und Röntgenuntersuchungen nicht nachweisbar ist. Soweit die belangte Behörde sich auf das Studium der einschlägigen Literatur beruft, ist nicht zu erkennen, worauf sie sich in diesem Zusammenhang konkret stützt. Eine in den Verwaltungsakten befindliche (offenbar aus einer medizinischen Fachzeitschrift kopierte) Abhandlung über die "Begutachtung der Fibromyalgie" von Hausotter lässt erkennen, welche Probleme die Feststellung und Einschätzung dieser Krankheit verursachen, gibt aber keine Aufschlüsse darüber, warum diese Krankheit beim Beschwerdeführer nicht vorliegen soll. Der Umstand, dass in dem von Dr. L. erstatteten Befund vom 16. November 2000 die Diagnose "Fibromyalgie-Syndrom" nicht konkret begründet wird, enthob die belangte Behörde nicht von ihrer diesbezüglichen Ermittlungspflicht, zumal zwei vom Beschwerdeführer vorgelegte Befunde diese Diagnose enthalten und kein Gutachten vorliegt, das auf diese vom Beschwerdeführer vorgelegten Befunde eingeht und begründet, warum diese Diagnose unrichtig sein soll. Es bedarf daher einer Ergänzung des Ermittlungsverfahrens durch Einholung eines fachärztlichen Gutachtens darüber, ob der Beschwerdeführer die genannte Krankheit hat und - bejahendenfalls - wie sich diese konkret auf die oben genannte Möglichkeit seiner (eingeschränkten) militärischen Ausbildung auswirkt.

Aus den dargelegten Erwägungen war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001.

Im Hinblick auf die Erledigung der Beschwerde erübrigt sich ein Abspruch über den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung.

Wien, am 22. Jänner 2002

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:2001110278.X00

**Im RIS seit**

11.04.2002

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)