

# TE Vwgh Erkenntnis 2012/10/10 2011/12/0007

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.10.2012

## Index

E3L E05200510;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
14/03 Abgabenverwaltungsorganisation;  
19/05 Menschenrechte;  
24/01 Strafgesetzbuch;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;  
63/02 Gehaltsgesetz;  
63/06 Dienstrechtsverfahren;  
63/08 Sonstiges allgemeines Dienstrecht und Besoldungsrecht;  
65/01 Allgemeines Pensionsrecht;

## Norm

32000L0078 Gleichbehandlungs-RL Beschäftigung Beruf;  
AVG §13 Abs3;  
AVG §38;  
AVG §56;  
AVG §8;  
BDG 1979 §13 Abs1;  
BDG 1979 §15;  
B-GIBG 1993 §13 Abs1 Z2;  
B-GIBG 1993 §13 Abs1 Z6;  
B-GIBG 1993 §13 Abs1;  
B-GIBG 1993 §18b;  
BPAÜG 2007 §1 Abs1 Z1;  
BPAÜG 2007 §1 Abs1;  
DVG 1984 §2 Abs6;  
DVG 1984 §3;  
GehG 1956 §22 Abs2;  
MRK Art14;  
MRK Art8;  
PG 1965 §4 Abs1 Z1;

StG §129 Abs1;  
StGB §209;  
VwGG §42 Abs2 Z1;

### **Beachte**

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2011/12/0008

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Dr. Fasching als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerden jeweils des EB in B, vertreten durch Dr. Helmut Graupner, Rechtsanwalt in 1130 Wien, Maxingstraße 22-24/4/9, gegen die Bescheide

1. des Bundesministers (nunmehr: der Bundesministerin) für Finanzen vom 1. Dezember 2010, Zl. BMF-111301/0270-II/5/2010, und

2. der Bundesministerin für Inneres vom 5. Jänner 2011, Zl. 106.536/3-I/1/e/10,

jeweils betreffend Ansprüche auf Zahlung von Aktiv- bzw. Ruhebezügen, zu Recht erkannt:

### **Spruch**

I. Der erstangefochtene Bescheid wird, soweit er den erstinstanzlichen Bescheid der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA) vom 7. August 2009 in seinem Spruchpunkt 4. bestätigt, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, soweit er ihn in seinem Spruchpunkt 5. bestätigt, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Im Übrigen (soweit er die Spruchpunkte 1. bis 3. des erstinstanzlichen Bescheides der BVA vom 7. August 2009 bestätigt) wird die gegen den erstangefochtenen Bescheid gerichtete Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der zweitangefochtene Bescheid wird in seinen Spruchpunkten 1. (Zurückweisung des mit A. (a) bezeichneten Antrages des Beschwerdeführers auf Aktivbezüge) und 4., soweit er sich auf den mit A. (a) bezeichneten Antrag bezieht, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, in seinem Spruchpunkt 6. (Abweisung des Antrages auf Zuerkennung einer Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung) wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Im Übrigen (in Ansehung der Spruchpunkte 2., 3. und 4., soweit er sich auf die Anträge des Beschwerdeführers unter A. (b) (aa) und (bb) bezieht, sowie 5.) wird die Beschwerde gegen den zweitangefochtenen Bescheid als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen im Gesamtbetrag von EUR 2.652,80 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Der Beschwerdeführer (im Folgenden auch: A) richtete am 11. Februar 2009 an die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter (BVA) und an das Landespolizeikommando für Niederösterreich im Wesentlichen gleichlautende Anträge, in welchen er Folgendes vorbrachte:

Er sei als damals im Aktivstand befindlicher Polizeibeamter am 10. September 1974 durch das Landesgericht für Strafsachen Wien ausschließlich auf Grund des versuchten Deliktes nach § 129 Abs. 1 StG (der Vorgängerbestimmung des inhaltlich identen späteren § 209 StGB) zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Diese Verurteilung sei vom Oberlandesgericht Wien am 19. November 1974 bestätigt worden.

Auf Grund dieser strafgerichtlichen Verurteilung habe die erstinstanzliche Disziplinarbehörde am 10. Juni 1975 die Disziplinarstrafe der Versetzung in den dauernden Ruhestand mit gemindertem Ruhegenuss verhängt, wobei der Abzug von dem normalmäßigen Ruhegenuss mit 25 % festgesetzt worden sei. Diese Strafe sei mit Bescheid der Disziplinaroberkommission vom 23. April 1976 bestätigt worden.

In der Folge habe der EGMR erkannt, dass der mit § 129 Abs. 1 StG idente § 209 StGB Art. 8 und 14 EMRK verletze. Der Verfassungsgerichtshof habe mit einem Erkenntnis vom 21. Juni 2002 § 209 StGB als grundrechtswidrig aufgehoben.

Dennoch leide der Beschwerdeführer nach wie vor an den aufrecht erhaltenen Folgen des im Instanzenzug

ergangenen Disziplinarerkenntnisses. Unter Berufung auf Rechtsprechung des EGMR, sowie auf Art. 8, 13 und 14 EMRK vertrat der Beschwerdeführer die Auffassung, die nunmehr herrschende (Grund-)Rechtslage gebiete es, ihn jedenfalls seit 21. Juni 2002 so zu stellen, als wäre die durch seine straf- und disziplinarrechtliche Verurteilung erfolgte Konventionsverletzung nie an ihm begangen worden. Diesfalls hätte er bei Zugrundelegung einer durchschnittlichen Berufskarriere zumindest die besoldungsrechtliche Stellung eines dienstführenden Exekutivbeamten der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19, samt Dienstalterszulage und eine Funktionszulage der Funktionsgruppe 7 in der Funktionsstufe 4 erreicht und wäre auf dieser Grundlage am 1. Jänner 2007 in Pension gegangen.

Er stütze seine Ansprüche auch auf das Unionsrecht, im Besonderen auf die Richtlinie 2000/78/EG und auf die in deren Umsetzung ergangenen Bestimmungen des § 13 Abs. 1 Z. 2 und 6 des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. Nr. 100/1993 (im Folgenden: B-GIBG). Infolge dessen habe der Beschwerdeführer Anspruch auf Bezahlung (Nachzahlung) der Differenz zum Entgelt bei diskriminierungsfreier Behandlung und auf Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Er beantragte daher in beiden Eingaben Folgendes:

"A.(a) auszusprechen, dass A(gemeint: der Beschwerdeführer) Anspruch hat auf Bezahlung (Nachzahlung) der Bezüge vom 21.06.2002 bis 31.12.2006 gemäß der Verwendungsgruppe E2A, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7.

(b) (aa) A mit Wirkung vom 01.01.2007 in den Ruhestand

zu versetzen und auszusprechen, dass der Ruhegenuss auf Grundlage der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7 bemessen wird (zu bemessen ist), in eventu

(bb) auszusprechen, dass A Anspruch hat auf Bezahlung

(und Nachzahlung seit 01.01.2007) der Differenz zwischen dem Pensionsbezug auf Grund des Disziplinarerkenntnisses der Disziplinarkommission der BPD-Wien vom 10.06.1975 einerseits und dem Ruhegenuss auf Grundlage der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7 (bei Versetzung in den Ruhestand per 01.01.2007) andererseits,

(c) auszusprechen, dass bei der Anwendung der Punkte A. (a), (b) jene Einkünfte anzurechnen sind, die A in den jeweiligen Zeiträumen auf Grund von Erwerbsarbeit oder an Ruhegenüssen aus Erwerbsarbeit tatsächlich erhalten hat oder erhalten wird.

in eventu

B. auszusprechen, dass der Abzug von dem

normalmässigen Ruhegenuss mit Wirkung vom 21.06.2002 entfällt,

jedenfalls

C. auszusprechen, dass A Anspruch auf eine

Entschädigung für die durch die Diskriminierung bei der Gewährung der Arbeitsbedingungen und der Festsetzung des Entgelts auf Grund der sexuellen Orientierung erlittenen persönlichen Beeinträchtigung idHv EUR 50.000,- hat und ihm diesen Betrag zuzusprechen.

D. über diese Anträge (A.-C.) bescheidmässig

abzusprechen."

Mit Bescheid vom 7. August 2009 hat die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter

"1) den Antrag mit der Bezeichnung '(A) (a)'

und '(A)(a)' auf Feststellung des Anspruches auf Bezahlung

(Nachzahlung) der Bezüge vom 21.6.2002 bis 31.12.2006 gemäß der

Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a,

Funktionsstufe 4, Funktions-gruppe 7 unter Anrechnung jener Einkünfte, die der Beschwerdeführer in diesem Zeitraum auf Grund von Erwerbsarbeit oder an Ruhegehüßen aus Erwerbsarbeit tatsäclich erhalten habe, gemäÙ § 1 AVG in Verbindung mit § 2 Abs. 5 des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 (DVG), BGBl. Nr. 29, wegen Unzuständigkeit zurücgewiesen,

2) die Anträge mit der Bezeichnung '(A)(b) (aa)' und '(A) (c)' auf Versetzung in den Ruhestand mit Wirkung vom 1.1.2007 und auf Feststellung, dass der Ruhegenuss auf der Grundlage der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7 unter Anrechnung jener Einkünfte, die der Beschwerdeführer in den jeweiligen Zeiträumen auf Grund von Erwerbsarbeit oder an Ruhegehüßen aus Erwerbsarbeit tatsäclich erhalten habe, bemessen wird (zu bemessen ist) gemäÙ § 1 AVG in Verbindung mit § 2 Abs. 6 DVG wegen Unzuständigkeit sowie mangelndem rechtlichen Interesse als unzulässig zurücgewiesen,

3) das Verfahren zur Entscheidung über den Antrag des Beschwerdeführers mit der Bezeichnung '(A) (b) (bb)' und '(A) (c)' auf Bezahlung (und Nachzahlung seit 1.1.2007) der Differenz zwischen dem Pensionsbezug auf Grund des Disziplinarkommission der BPD-Wien vom 10.6.1975 einerseits und dem Ruhegenuss auf Grundlage der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7 (bei Versetzung in den Ruhestand per 1.1.2007) andererseits, unter Anrechnung jener Einkünfte, die der Beschwerdeführer seither auf Grund von Erwerbsarbeit oder an Ruhegehüßen aus Erwerbsarbeit tatsäclich erhalten habe oder erhalten werde, gemäÙ § 1 Abs. 1 DVG in Verbindung mit § 38 AVG bis zur rechtskräftigen Entscheidung durch die zuständige Behörde über die unter 1) und 2) gestellten Anträge ausgesetzt,

4) den Antrag mit der Bezeichnung 'B' auf Feststellung, dass der Abzug von dem normalmäÙigen Ruhegenuss mit Wirkung vom 21.6.2002 entfällt, gemäÙ § 1 AVG in Verbindung mit § 2 Abs. 6 DVG wegen Unzuständigkeit zurücgewiesen, und

5) den Antrag mit der Bezeichnung 'C' auf Entschädigung für die durch die Diskriminierung bei der Gewährung der Arbeitsbedingungen und Festsetzung des Entgeltes auf Grund der sexuellen Orientierung erlittenen persönlichen Beeinträchtigung in der Höhe von 50.000 EUR gemäÙ § 1 AVG in Verbindung mit § 2 Abs. 6 DVG wegen Unzuständigkeit zurücgewiesen."

Die dagegen erhobene Berufung des Beschwerdeführers wies der Bundesminister für Finanzen mit dem nunmehr erstangefochtenen Bescheid vom 1. Dezember 2010 als unbegründet ab.

Nach Wiedergabe des Verfahrensganges sowie des § 20 Abs. 5 B-GIBG, des § 6 AVG und des § 2 Abs. 5 und 6 DVG führte die belangte Behörde in der Begründung des erstangefochtenen Bescheides im Wesentlichen Folgendes aus:

"Auf der Grundlage des § 1 Abs.1 Z 1 des Bundespensionsamtsüberleitungsgesetzes (BPAÜG),BGBl. I Nr. 89/2006 vollzieht die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter die pensionsrechtlichen Angelegenheiten der Bundesbeamten und der in den Abschnitten X und XI des Pensionsgesetzes 1965 (=PG 1965), BGBl. Nr. 340, angeführten Bediensteten, sowie deren Hinterbliebenen und Angehörigen, im übertragenen Wirkungsbereich als Pensionsbehörde erster Instanz. Damit ist im Sinne des § 1 AVG eindeutig geregelt, für welche Angelegenheiten die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter im übertragenen Wirkungsbereich zuständig ist.

Daraus ergibt sich zweifelsfrei, dass die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter/Pensionservice keinesfalls zuständig ist, über einen Anspruch auf Aktivbezüge abzusprechen, wie Sie es im Antrag vom 11.2.2009 unter (A) (a) beantragen. Für einen Abspruch über Aktivbezüge sind die Aktivdienstbehörden zuständig. Diese sind aber nach unwidersprochenen Ausführungen im angefochtenen Bescheid bereits durch einen gleichlautenden Antrag mit der Angelegenheit befasst.

Wenn Sie im Punkt (A) (b) (aa) Ihre Versetzung in den Ruhestand mit Wirkung vom 1.1.2007 begehren, so ist, unbeschadet des Umstandes, dass Sie sich auf Grund des rechtskräftigen und immer noch aufrechten Erkenntnisses der Disziplinaroberkommission beim Bundesministeriums für Inneres bereits seit 1.4.1976 im Ruhestand befinden und der Antrag daher ins Leere geht, darauf hinzuweisen, dass der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter/Pensionservice auf Grund der dargelegten Rechtslage (im besonderen § 1 Abs. 1 Z 1 BPAÜG) für eine derartige Maßnahme nicht zuständig ist, da es sich dabei keinesfalls um eine pensionsrechtliche Angelegenheit handelt.

Wenn Sie weiter in diesem Punkt Ihres Antrages begehren, dass ausgesprochen werde, dass der Ruhegenuss auf der Grundlage einer dort von Ihnen genannten besoldungsrechtlichen Stellung ermittelt wird, so ist - wie es schon das BVA/Pensionservice im angefochtenen Bescheid festgehalten hat - auf den im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 13.3.2009, GZ. 2008/12/0067 zitierten Beschluss dieses Gerichtshofes vom 28.3.2008, GZ. 2008/12/0048, hinzuweisen, nachdem eine gesonderte Feststellung einzelner für die Berechnung der (Pensions)Bezüge vorweg zu prüfender Umstände (Berechnungs-bzw. Begründungselemente) unzulässig ist. Es kann nach dem Wortlaut des Antrages im Punkt (A) (b) (aa) keinen Zweifel geben, dass Sie in diesem Punkt eindeutig die Feststellung eines Berechnungselementes (nämlich der besoldungsrechtlichen Stellung zum 1.1.2007) begehren und nicht bereits eine Ruhegenussbemessung auf der Grundlage der von Ihnen angeführten besoldungsrechtlichen Stellung. Was Ihren Antrag unter Punkt (A)(b) (bb) betrifft, ist hinzuweisen, dass Sie mit dem angeführten Erkenntnis der Disziplinaroberkommission mit Wirkung vom 1.4.1976 in Ruhestand versetzt worden sind. An dieses Erkenntnis sind die Pensionsbehörden gebunden, solange es dem Rechtsbestand angehört. Die Beurteilung, ob und inwieweit sich an dieser Tatsache durch die nachträgliche Entwicklung der Gesetzgebung, der Judikatur des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und der Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft geändert hat, obliegt nicht den Pensionsbehörden sondern den Dienstbehörden. Vor einer diesbezüglichen Entscheidung durch die Dienstbehörden kann diesem Antrag nicht nähergetreten werden. Es ist daher weiter davon auszugehen, dass Sie sich seit dem 1.4.1976 im Ruhestand befunden haben und der Ihnen gebührende Ruhegenuss nach der zu diesem Zeitpunkt gegebenen besoldungsrechtlichen Stellung unter Bedachtnahme auf die ausgesprochene Kürzung gebührt hat. Sollte sich auf Grund einer Entscheidung der Dienstbehörden eine Änderung des Ruhestandsversetzungszeitpunktes und damit wohl auch eine Änderung der Ruhegenussermittlungsgrundlagen ergeben, erst dann könnte einem diesbezüglichen Antrag näher getreten werden. Gleiches ist zum Antrag (A) (c) betreffend Anrechnung des Erwerbseinkommens bzw. der Ruhegenüsse aus Erwerbsarbeit zu sagen. Die Aussetzung der dies bezüglichen Verfahren nach § 38 AVG bis zur Entscheidung dieser Fragen durch die zuständigen Behörde erscheint unter den gegebenen Umständen der einzig richtige Schritt. Die Frage, ob unter den von Ihnen vorgebrachten Umständen der 'Abzug von dem normalmäßigen Ruhegenuss ab 21.6.2002 entfällt', ist keinesfalls von den Pensionsbehörden zu entscheiden. Denn der Umstand, dass Sie in den Ruhestand versetzt worden sind und nur eine gekürzten Ruhegenuss beziehen, hat eindeutig seinen Grund in Tatsachen, 'die vor dem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis eingetreten sind', sodass nach § 2 Abs. 6 DVG zur Entscheidung die Dienstbehörde berufen ist, die im Zeitpunkt des Ausscheidens

aus dem Dienststand zuständig gewesen ist.

Was schließlich die Frage der Zuständigkeit für die Feststellung des Anspruches auf eine Entschädigung betrifft, so weisen Sie auf § 20 Abs. 4 (seit 1.1.2010 Abs.5 )des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes hin. Darin wird auf das Dienstrechtsverfahrensgesetz verwiesen, das - wie bereits ausgeführt - im § 2 Abs.6 festhält, dass bei Personen, die wie Sie aus dem Dienststand ausgeschieden sind, zur Entscheidung in Dienstrechtsangelegenheiten, die aus Tatsachen herrühren, die vor dem Ausscheiden aus dem Dienststand eingetreten sind, die Dienstbehörde berufen ist, die im Zeitpunkt des Ausscheidens zuständig gewesen ist. Die Dienstrechtsangelegenheiten, nämlich Ihre Ruhestandsversetzung und der gekürzte Ruhebezugsanspruch, haben zweifellos Ihren Ausgang in (damals inkriminierten) Handlungen, die Sie vor dem Ausscheiden aus dem Dienststand gesetzt haben. Daher sind in diesen Angelegenheiten, sicherlich auch für eine etwaige Entschädigung für diskriminierende Vorgangsweise bei der Erledigung derartiger Angelegenheiten, Aktivdienstbehörden zuständig. Keinesfalls fällt eine Entscheidung, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe eine derartige Entschädigung gebührt, in die sachliche Zuständigkeit von Pensionsbehörden.

Aus den angeführten Gründen konnte Ihrer Berufung nicht stattgegeben werden."

Da eine Entscheidung des Landespolizeikommandos für Niederösterreich über seine Anträge innerhalb von sechs Monaten nicht ergangen war, machte der Beschwerdeführer mit Devolutionsantrag den Übergang der Entscheidungspflicht auf die Bundesministerin für Inneres geltend, welche (in Stattgebung des Devolutionsantrages) mit dem zweitangefochtenen Bescheid vom 5. Jänner 2011 wie folgt absprach:

"1. Ihr mit A.(a) bezeichneter Antrag auf Bezahlung

(Nachzahlung) der Bezüge vom 21.06.2002 bis 31.12.2006 gemäß der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7 wird gem § 3 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 iVm § 8 Allgemeines Verwaltungsgesetz 1991 mangels Parteistellung als unzulässig zurückgewiesen.

2. Ihr mit A (b) (aa) bezeichneter Antrag wird, soweit sich dieser auf die Versetzung in den Ruhestand mit Wirkung vom 1.1.2007 bezieht, ebenfalls gem § 3 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 iVm § 8 Allgemeines Verwaltungsgesetz 1991 mangels Parteistellung als unzulässig zurückgewiesen. Soweit dieser Punkt des Antrages jedoch die Bemessung Ihres Ruhegenusses auf Grundlage der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7 zum Inhalt hat, erfolgt gem § 2 Abs. 6 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 eine Zurückweisung wegen Unzuständigkeit der Behörde.

3. Ihr mit A (b) (bb) bezeichneter Antrag auf Auszahlung der Differenz zwischen dem Pensionsbezug auf Grund des Disziplinarerkenntnisses und des Ihnen mit Versetzung in den Ruhestand mit 1.1.2007 auf Grundlage der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19+DAZ, Funktionszulage E2a, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7 gebührenden Ruhegenusses wird gem § 2 Abs. 6 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

4. Ihr mit A (c) bezeichneter Antrag, bei Stattgebung Ihrer Anträge jene Einkünfte, die Sie in den jeweiligen Zeiträumen auf Grund von Erwerbsarbeit oder an Ruhegenüssen aus Erwerbsarbeit tatsächlich erhalten haben oder erhalten werden, anzurechnen, wird gem § 3 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 iVm § 8 Allgemeines Verwaltungsgesetz 1991 mangels Parteienstellung als unzulässig zurückgewiesen.

5. Ihr mit B bezeichneter Antrag auf Entfall des

Abzuges vom Ruhegenuss wird gem § 2 Abs. 6

Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 wegen Unzuständigkeit

zurückgewiesen.

6. Ihr mit C bezeichneter Antrag auf Zuerkennung einer

Entschädigung für die durch die Diskriminierung bei der Gewährung der Arbeitsbedingungen und der Festsetzung des Entgelts auf Grund der sexuellen Orientierung erlittene persönliche Beeinträchtigung in der Höhe von EUR 50.000,-- wird in Anwendung der Bestimmung des § 13 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz als unbegründet abgewiesen."

Im zweitangefochtenen Bescheid wird nach Schilderung des Verfahrensganges mit näherer Begründung (wird im

Einzelnen ausgeführt) die Rechtsauffassung vertreten, die Gestaltungswirkung des im Instanzenzug ergangenen Disziplinarerkenntnisses sei in Ermangelung einer gegenteiligen Entscheidung der Disziplinarbehörden nach wie vor aufrecht. Davon ausgehend ergebe sich für die Anträge des Beschwerdeführers Folgendes:

"Unter dem Gesichtspunkt, dass Ihr Begehren eine Aufhebung der Entscheidung der Disziplinarkommission als Voraussetzung hat, ist jedenfalls festzuhalten, dass die Zuständigkeit für eine solche Aufhebung nicht beim Bundesministerium für Inneres gelegen ist. Dies führt im Ergebnis dazu, dass ein allfälliges Stattgeben Ihres Antrages, sich durch Erklärung mit 1.1.2007 in den Ruhestand versetzen zu lassen, angesichts der Tatsache, dass das gegenständliche Disziplinarerkenntnis bis dato Gültigkeit hat, rechtlich nicht zulässig/möglich ist. Solange die mit dem Disziplinarerkenntnis verfügte Versetzung in den dauernden Ruhestand nicht aus dem Rechtsbestand eliminiert wurde und Sie daher nicht als Beamter des Aktivstandes zu qualifizieren sind, kann Ihnen auch kein Anspruch auf die einem Beamten des Aktivstandes gebührenden Monatsbezüge zukommen.

Ihrem Begehren auf Nachzahlung des einem Ihrer (fiktiven) gehaltsstufenmäßigen Einstufung entsprechenden Beamten der Verwendungsgruppe E2a, Funktionsgruppe 7, für den Zeitraum 21.6.2002 bis 31.12.2006 zustehenden Monatsbezuges fehlt im Lichte dieser Überlegungen die materiell-rechtliche Grundlage, sodass es Ihnen in Bezug auf diese Forderung gem § 3 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 iVm § 8 Allgemeines Verwaltungsgesetz 1991 mangels Rechtsanspruch an den Voraussetzungen für die Stellung als Partei mangelt und Ihr Begehren daher als unzulässig zurückzuweisen war.

Zu Ihrem unter Punkt (A) (b) (aa) gestelltem Begehren, Sie mit 1.1.2007 in den Ruhestand zu versetzen und auszusprechen, dass der Ruhegenuss auf Grundlage der Verwendungsgruppe E2a, Gehaltsstufe 19 + DAZ, Funktionsstufe 4, Funktionsgruppe 7 bemessen wird, ist zunächst festzuhalten, dass Ihr diesbezügliches Begehren zwei Aspekte umfasst. Einerseits beantragen Sie, wie Sie dies formulieren, die Versetzung in den Ruhestand und andererseits lautet Ihr Begehren auf entsprechende Bemessung Ihres Ruhegenusses.

Zum dargestellten ersten Aspekt Ihres Begehrens, der von Ihnen beehrten Versetzung in den Ruhestand, ist vorerst festzuhalten, dass damit offensichtlich die Versetzung in den Ruhestand durch Erklärung nach § 15 BDG gemeint ist.

Die Versetzung in den Ruhestand durch Erklärung gem. der Bestimmung des § 15 BDG stellt eine unmittelbare Rechtsfolge dar, zu deren Wirksamkeit es keiner wie immer gearteten behördlichen Verfügung bedarf. Der Beamte tritt vielmehr mit jenem von ihm bestimmten (und rechtlich zulässigen) Zeitpunkt in den Ruhestand. Voraussetzung für die Versetzung in den Ruhestand ist ein aufrechtes Dienstverhältnis im Aktivstand .

Das bedeutet, dass ein Stattgeben Ihres Antrages im Hinblick darauf, über die Schiene der Ruhestandsversetzung durch Erklärung in den Ruhestand versetzt zu werden, ebenfalls zur Voraussetzung hätte, dass ihre mit Erkenntnis der Disziplinarkommission vom 10.6.1975 verfügte Ruhestandsversetzung auf Grund der im Jahre 2002 durch den VfGH bewirkten und in der Folge durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2002 erfolgten Aufhebung des § 209 StGB entweder ex lege außer Kraft getreten ist oder in der Folge noch aufzuheben wäre. Zu der in Fortführung dieser Überlegung anknüpfenden weiteren Argumentation wird auf die zum vorigen Punkt dargelegten Ausführungen verwiesen, wonach einerseits mit der Aufhebung des § 209 StGB keine unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen auf Disziplinarstrafen, die sich auf rechtskräftige Verurteilungen nach § 209 stützen, verbunden waren und andererseits die Zuständigkeit für eine Aufhebung des gegenständlichen Disziplinarerkenntnisses nicht beim Bundesministerium für Inneres gelegen ist. Solange jedoch die mit dem Disziplinarerkenntnis verfügte Versetzung in den dauernden Ruhestand nicht aus dem Rechtsbestand eliminiert wurde und Sie daher zumindest zu jenem Zeitpunkt, zu dem Sie die Versetzung in den Ruhestand begehren, nicht als Beamter des Aktivstandes zu qualifizieren waren, kommt dem Bundesministerium für Inneres keine diesbezügliche Gestaltungsmöglichkeit zu. Im Lichte dieser Überlegungen fehlt Ihrem an das Bundesministerium für Inneres gerichteten Begehren die materiell-rechtliche Grundlage, sodass es Ihnen in Bezug auf diese Forderung gem § 3 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 iVm § 8 Allgemeines Verwaltungsgesetz 1991 mangels Rechtsanspruch ebenfalls, an den Voraussetzungen für die Stellung als Partei mangelt und Ihr Begehren daher als unzulässig zurückzuweisen war.

Zum zweiten Aspekt Ihres Antrages, der auf entsprechende Bemessung Ihres Ruhegenusses lautet, ist anzuführen, dass für Entscheidungen über Angelegenheiten nach Übertritt/Versetzung in den Ruhestand, sofern es sich nicht um Dienstrechtsangelegenheiten handelt, die aus Tatsachen herrühren, die noch aus der Zeit des aktiven Dienststandes

herrühren, gem § 2 Abs. 6 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 jene Dienststelle zuständig ist, die über den Pensionsaufwand verfügt.

Seitens des Bundesministeriums für Inneres wird dabei nicht übersehen, dass die von Ihnen begehrte Bemessung des Ruhegenusses stets vor dem Hintergrund der während des aktiven Dienstverhältnisses für die Bemessung des Ruhegenusses maßgeblichen bezugsrechtlichen Ansprüche zu sehen ist und folglich in der Regel mit der Klärung der letztgenannten Ansprüche gleichzeitig auch eine Präjudizierung der Höhe der Ruhegenüsse erfolgt, doch ist der nunmehr behandelte Aspekt Ihres Begehrens angesichts jener Punkte, mit denen bereits eine Auseinandersetzung erfolgt ist, isoliert zu beurteilen. Während sich die bisher bereits behandelten Teile Ihres Begehrens stets auf Umstände bezogen haben, die ihre Aktivzeit im Falle eines Wegfalles der Rechtswirkungen des Disziplinarerkenntnisses betroffen haben, kann Ihre nunmehr in Untersuchung gezogene Forderung unter dem Gesichtspunkt, dass die die Aktivzeit betreffenden Fragen bereits umfassend behandelt wurden, nach Ansicht des Bundesministeriums für Inneres nur so interpretiert werden, dass damit ausschließlich die Höhe des Ihnen im Sinne Ihrer Argumentation zustehenden Ruhegenusses thematisiert werden soll. Damit ist im Sinne der vorzitierten Bestimmung des § 2 Abs. 6 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 aber eindeutig die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Inneres als zur Entscheidung berufene Behörde ausgeschlossen, weshalb Ihr diesbezügliches Begehren mangels Zuständigkeit zurückzuweisen war.

Zu Ihrem unter Punkt (A) (b) (bb) gestellten Begehren auf Auszahlung der Differenz zwischen dem Pensionsbezug auf Grund des Disziplinarerkenntnisses und des Ihnen auf Grundlage der Versetzung in den Ruhestand nach § 13 BDG mit Ablauf des 31.12.2006 gebührenden Ruhegenusses ist auszuführen, dass es sich dabei analog zu den im unmittelbar vorstehenden Punkt angestellten Überlegungen um eine Frage handelt, zu deren Entscheidung gem § 2 Abs. 6 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 nicht das Bundesministerium für Inneres zuständig ist, weshalb auch diesbezüglich mit Zurückweisung mangels Zuständigkeit vorzugehen war.

Zu Ihrem unter Punkt (A) (c) formulierten Begehren auf Einrechnung der von Ihnen in den maßgeblichen Zeiträumen anderweitig bezogenen Einkünfte im Falle der Zuerkennung der von Ihnen begehrten Bezüge/Ruhegüsse ist lediglich festzustellen, dass mangels Stattgebung einer Ihre sonstigen Anträge Ihrem gegenständlichen Begehren das rechtliche Interesse fehlt, weshalb im Gegenstand gem § 3 Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984 iVm § 8 Allgemeines Verwaltungsgesetz 1991 mangels Parteienstellung mit Zurückweisung vorzugehen war.

Zu Ihrem Begehren unter Punkt B. auf Entfall des Abzuges vom 'normalmäßigen' Ruhegenuss ist aus denselben Überlegungen wie zu Ihren Begehren nach den Punkten (A) (b) (bb) und (A) (b) (aa) zweiter Aspekt von der Unzuständigkeit des Bundesministeriums für Inneres auszugehen, weshalb diesbezüglich auf Zurückweisung wegen Unzuständigkeit zu entscheiden war.

Zu Punkt C. Ihres Begehrens auf Entschädigung für die durch die Diskriminierung bei der Gewährung der Arbeitsbedingungen und der Festsetzung des Entgelts auf Grund der sexuellen Orientierung erlittenen persönlichen Beeinträchtigung durch Zuerkennung einer Summe von EUR 50.000,- wird Folgendes ausgeführt:

Ihrer Argumentation zufolge liege die Diskriminierung im Wesentlichen darin begründet, dass über den Zeitpunkt der Aufhebung des § 209 StGB hinaus gehend der aus dem Disziplinarerkenntnis resultierende rechtliche Zustand, nämlich die Versetzung in den Ruhestand unter gleichzeitiger Verminderung des Ruhegenusses, aufrechterhalten werde. Sie berufen sich zur Untermauerung Ihres diesbezüglichen Begehrens insbesondere auf diverse Artikel der EMRK, auf Grundsätze bzw Richtlinien des Europäischen Gemeinschaftsrechtes sowie auf Bestimmungen des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes.

Ihren Argumenten ist, wie oben bereits dargelegt worden ist, entgegen zu halten, dass weder durch das Strafrechtsänderungsgesetz noch durch eine sonstige innerstaatliche Rechtsnorm ein Ausschluss von Rechtswirkungen von auf im weitesten Sinne auf einer strafrechtlichen Verurteilung nach § 209 beruhenden Vollzugsakten normiert wurde. Mit der Aufhebung des § 209 StGB wird lediglich die Strafbarkeit von nach dieser Aufhebung eingetretenen Sachverhalten beseitigt, weitere darüber hinaus gehende Rechtswirkungen sind daran nicht geknüpft. Wenn der Gesetzgeber solches beabsichtigt gehabt hätte, dann wäre zu erwarten gewesen, dass er dies anlässlich der Aufhebung des § 209 StGB unmissverständlich angeordnet hätte und er es nicht bei der bereits eingangs erwähnten Bestimmung des Art X Strafrechtsänderungsgesetz 2002 hätte bewenden lassen.

Für das Bundesministerium für Inneres ist angesichts dieser Überlegungen somit davon auszugehen, dass die von dem



in Ihrem Fall maßgeblichen Disziplinarerkenntnis ausgehenden Rechtsfolgen auch im Lichte der Aufhebung des § 209 StGB nicht als Diskriminierung im Sinne des § 13 Abs. 1 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, der ein Verbot der Diskriminierung unter anderem aus Gründen der sexuellen Orientierung normiert, zu qualifizieren sind. An dieser Bewertung vermögen auch die von Ihnen getätigten Verweise auf Rechtsnormen des Europäischen Gemeinschaftsrechtes keine Änderung herbei zu führen. Ihr Begehren auf Zuerkennung einer auf die Bestimmungen des B-GIBG gestützten Entschädigung musste daher als unbegründet abgewiesen werden."

Gegen den erstangefochtenen Bescheid des Bundesministers für Finanzen richtet sich die zur hg. ZI2011/12/0007, gegen den zweitangefochtenen Bescheid der Bundesministerin für Inneres vom 5. Jänner 2011 die zur hg. ZI. 2011/12/0008 protokollierte Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof.

Der Beschwerdeführer macht jeweils Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, die angefochtenen Bescheide aus diesen Gründen aufzuheben.

Die belangten Behörden legten die Akten des Verwaltungsverfahrens vor. Der Bundesminister für Finanzen erstattete darüber hinaus auch eine Gegenschrift, in welcher er die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 13 Abs. 1 Z. 2 und 6 B-GIBG idF BGBl. I Nr. 65/2004 lautet:

"§ 13. (1) Auf Grund ... der sexuellen Orientierung darf im

Zusammenhang mit einem Dienst- oder Ausbildungsverhältnis gemäß § 1 Abs. 1 niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht

...

2. bei der Festsetzung des Entgelts,

...

6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen ..."

§ 18b B-GIBG idF BGBl. I Nr. 65/2004 lautet:

"§ 18b. Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach ...

§ 13 Abs. 1 Z 6 hat die Dienstnehmerin oder der Dienstnehmer Anspruch auf die Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen wie eine Dienstnehmerin oder ein Dienstnehmer, bei der oder bei dem eine Diskriminierung wegen eines im § 4 oder § 13 genannten Grundes nicht erfolgt, oder auf Ersatz des Vermögensschadens und jeweils auf eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung."

§ 20 Abs. 1 letzter Satz und 5 B-GIBG lauten:

"§ 20. (1) ... Für Ansprüche nach §§ ... 18b gilt die

dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 1486 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches.

...

(5) Das Dienstrechtsverfahrensgesetz 1984, BGBl. Nr. 29, und die dazu ergangenen Verordnungen sind auf die Zuständigkeit der Dienstbehörden zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Beamtinnen oder Beamte anzuwenden."

§ 2 Abs. 6 DVG idF BGBl. I Nr. 165/2005 lautet:

"§ 2. ...

...

(6) Bei Personen, die aus dem Dienstverhältnis oder aus dem Dienststand ausgeschieden sind, und bei versorgungsberechtigten Hinterbliebenen und Angehörigen ist zur Entscheidung in Dienstrechtsangelegenheiten, die aus Tatsachen herrühren, die vor dem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis oder aus dem Dienststand eingetreten

sind, die Dienstbehörde berufen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens des Bediensteten aus dem Dienstverhältnis oder aus dem Dienststand zuständig gewesen ist. In allen übrigen pensionsrechtlichen Angelegenheiten ist die Dienststelle Dienstbehörde, die über den Pensionsaufwand verfügt. ..."

Gemäß § 1 Abs. 1 des Bundespensionsamtübertragungs-Gesetzes, BGBl. I Nr. 89/2006 (Stammfassung), hat die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter mit Wirkung vom 1. Jänner 2007 im übertragenen Wirkungsbereich alle am 31. Dezember 2006 vom Bundespensionsamt wahrgenommenen Aufgaben, insbesondere gemäß § 2 des Bundesgesetzes über die Einrichtung des Bundespensionsamtes (BPA-Gesetz), BGBl. Nr. 758/1996, diejenigen als Pensionsbehörde erster Instanz in allen pensionsrechtlichen Angelegenheiten u.a. der Bundesbeamten übernommen.

§ 3 DVG (Stammfassung) lautet:

"§ 3. Im Verfahren in Dienstrechtsangelegenheiten sind die Personen Parteien, deren öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis oder deren Rechte oder Pflichten aus einem solchen Dienstverhältnis Gegenstand des Verfahrens sind."

§ 38 AVG (Stammfassung) lautet:

"§ 38. Sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, ist die Behörde berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Sie kann aber auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Behörde bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird."

Gemäß § 13 Abs. 1 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979), tritt der Beamte mit Ablauf des 65. Jahres nach dem Jahr seiner Geburt in den Ruhestand.

Gemäß § 3a des Pensionsgesetzes 1965, BGBl. Nr. 340 (im Folgenden: PG 1965), wird der Ruhegenuss auf Grundlage der Ruhegenussberechnungsgrundlage, der Ruhegenussbemessungsgrundlage und der ruhegenussfähigen Gesamtdienstzeit ermittelt.

§ 4 Abs. 1 Z. 1 PG 1965 in allen Fassungen dieser Bestimmungen seit dem 1. Jänner 2007 lautet:

"§ 4. (1) Die Ruhegenussberechnungsgrundlage ist wie folgt zu ermitteln:

1. Für jeden nach dem 31. Dezember 1979 liegenden Monat der ruhegenussfähigen Bundesdienstzeit, für den ein Pensionsbeitrag nach den jeweils geltenden Bestimmungen zu leisten ist oder war (Beitragsmonat), ist die Bemessungsgrundlage für den Pensionsbeitrag (Beitragsgrundlage) nach § 22 des Gehaltsgesetzes 1956 (GehG), BGBl. Nr. 54, in der jeweils geltenden Fassung zu ermitteln. Sonderzahlungen und anspruchsbegründende Nebengebühren bleiben dabei außer Betracht."

Gemäß § 22 Abs. 2 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54, in allen seit Jänner 2007 in Kraft gestandenen Fassungen bestand die Bemessungsgrundlage für den Pensionsbeitrag aus dem Gehalt und den als ruhegenussfähig erklärten Zulagen, die der besoldungsrechtlichen Stellung des Beamten entsprachen, sowie aus den dem Beamten gebührenden anspruchsbegründenden Nebengebühren im Sinne des § 59 Abs. 1 PG 1965.

Zum Antragspunkt A. (a):

Der Beschwerdeführer vertrat in seinem Antrag vom 11. Februar 2009 die Auffassung, dass er - unter Berücksichtigung der von ihm ins Treffen geführten Bestimmungen der EMRK, des Unionsrechts, des B-GIBG sowie der hiezu ergangenen Rechtsprechung des EGMR und des österreichischen Verfassungsgerichtshofes - ungeachtet der Rechtskraft des letztinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses so zu behandeln sei, als wenn dieses nicht ergangen wäre. Daraus leitete der Beschwerdeführer ab, dass er bis 31. Dezember 2006 als im Aktivdienststand gestanden zu betrachten sei und ihm daher für den Zeitraum vom 21. Juni 2002 bis 31. Dezember 2006 Aktivbezüge zustünden. Der in Rede stehende Antragspunkt ist daher bei vernünftiger Würdigung als auf Feststellung des für diesen Zeitraum gebührenden Gehalts bzw. der für diesen Zeitraum gebührenden Zulagen aufzufassen.

Daraus folgt zunächst, dass es sich bei diesem Antragspunkt nicht um eine "pensionsrechtliche Angelegenheit" im Verständnis des § 2 Abs. 6 DVG bzw. des § 1 Abs. 1 Z. 2 des Bundespensionsamtübertragungs-Gesetzes handelt.

Daher ist der Bundesminister für Finanzen im erstangefochtenen Bescheid zu Recht von einer Unzuständigkeit der Pensionsbehörden für diesen Antragspunkt ausgegangen. Da der Verpflichtung zur Überweisung des Antrages gemäß § 6 AVG vorliegendenfalls im Hinblick auf die gleichzeitige Anhängigkeit eines identen Antrags vor den Aktivdienstbehörden keine Bedeutung zukommt, wurde der Beschwerdeführer durch die im Instanzenzug erfolgte Bestätigung des Spruchpunktes 1. des erstinstanzlichen Bescheides vom 7. August 2009 durch den Bundesminister für Finanzen nicht in Rechten verletzt. Die Beschwerde war daher insoweit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Umgekehrt folgt aus dem Vorgesagten, dass der Abspruch über den im oben aufgezeigten Sinne zu verstehenden Antragspunkt "(A) (a)" den Aktivdienstbehörden zukam. Diese hatten daher über seine Zulässigkeit, bejahendenfalls über seine inhaltliche Berechtigung abzusprechen. Ausgehend von der im zweitangefochtenen Bescheid vertretenen Rechtsauffassung, wonach eine Durchbrechung der Rechtskraftwirkung des seinerzeit im Instanzenzug ergangenen Disziplinarerkenntnisses (bisläng) nicht eingetreten ist (deren Richtigkeit hier ausdrücklich dahingestellt bleiben kann), wäre die Bundesministerin für Inneres gehalten gewesen, einen inhaltlichen Abspruch über die Frage der Gebührlichkeit von Aktivbezügen im Zeitraum vom 21. Juni 2002 bis 31. Dezember 2006 dahingehend zu treffen, dass solche Ansprüche nicht zustehen.

In Verkennung dieser Rechtslage hat die Bundesministerin für Inneres jedoch mit dem Spruchpunkt 1. des zweitangefochtenen Bescheides den diesbezüglichen Antrag "mangels Parteistellung als unzulässig" zurückgewiesen. Weshalb dem Beschwerdeführer, der sich eines (auch aus § 18b B-GIBG abgeleiteten) Anspruches auf Aktivbezüge berühmte und der unstrittig in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Bund steht, gemäß § 3 DVG in einem Verfahren über einen derartigen Antrag keine Parteistellung zukommen sollte, ist unerfindlich. Insbesondere hängt die Frage der Parteistellung nicht von der inhaltlichen Berechtigung eines Antrages ab.

Da die Bundesministerin für Inneres in Verkennung dieser Rechtslage mit Zurückweisung dieses Antrags des Beschwerdeführers als unzulässig vorgegangen ist, belastete sie ihren Bescheid insoweit mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, sodass dieser in seinem Spruchpunkt 1. gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war. Zum Antrag des Beschwerdeführers unter "A. (b) aa)", soweit er das Begehren auf Versetzung in den Ruhestand betrifft:

Der Beschwerdeführer hat am 11. Februar 2009 ausdrücklich beantragt, ihn (bescheidförmig) mit Wirkung vom 1. Jänner 2007 "in den Ruhestand zu versetzen". Dieser Antragspunkt ist daher auf eine behördliche Rechtsgestaltung in Richtung einer Ruhestandsversetzung gerichtet. Auch eine Ruhestandsversetzung stellt (noch) keine "pensionsrechtliche Angelegenheit" im Verständnis des § 2 Abs. 6 DVG bzw. des § 1 Abs. 1 Z. 1 Bundespensionsamtsübertragungs-Gesetz dar. Aus diesem Grund hat der Bundesminister für Finanzen zu Recht die Zuständigkeit der Pensionsbehörden für die Behandlung dieses Antragspunktes verneint. Nach dem Vorgesagten war daher die Beschwerde gegen die im Instanzenzug erfolgte Zurückweisung desselben durch den erstangefochtenen Bescheid (Pkt. 2.) gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Aus dem Vorgesagten folgt abermals die Zuständigkeit der Aktivdienstbehörde zur Entscheidung über die Zulässigkeit, bejahendenfalls über die inhaltliche Berechtigung dieses Antrages. Wie schon ausgeführt geht der Beschwerdeführer in seiner Eingabe grundsätzlich davon aus, dass er rechtlich so zu stellen sei, als wäre das seines Erachtens diskriminierende Rechtswirkungen entfaltende im Instanzenzug ergangene Disziplinarerkenntnis tatsächlich nicht ergangen. Von dieser Überlegung ausgehend wäre der Beschwerdeführer dann auch dienstrechtlich so lange als im Aktivstand befindlich zu betrachten, bis er ex lege in den Ruhestand übergetreten wäre (vgl. hiezu § 13 Abs. 1 BDG 1979). Dies wäre bei dem nach der Aktenlage am 1. Jänner 1942 geborenen Beschwerdeführer freilich nicht der 1. Jänner 2007, sondern der 1. Jänner 2008. Diese Überlegungen ändern aber nichts daran, dass der Beschwerdeführer - auch auf Basis seiner Rechtsauffassung - am 11. Februar 2009 jedenfalls als ein im Ruhestand befindlicher Beamter anzusehen wäre, der (mangels anderer Erklärungen erst) am 1. Jänner 2008 ex lege in den Ruhestand übergetreten wäre, sodass ein zu diesem Zeitpunkt gestellter Antrag auf rückwirkende Ruhestandsversetzung zum 1. Jänner 2007 mangels irgendeiner Rechtsgrundlage für eine rechtsgestaltende rückwirkende Ruhestandsversetzung im Ruhestand befindlicher Beamter unzulässig war.

Hieraus folgt wiederum, dass der Beschwerdeführer durch die Zurückweisung des diesbezüglichen Antrages im ersten Satz des Spruchpunktes 2. des zweitangefochtenen Bescheides nicht in Rechten verletzt wurde, sodass die Beschwerde insoweit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Zum Antragspunkt A. (b) (aa), soweit er Feststellungen zur Bemessung des Ruhegenusses ab 1. Jänner 2007 betrifft:

Bei diesem Antragspunkt handelt es sich zweifelsohne um eine in die Zuständigkeit der Pensionsbehörden fallende "pensionsrechtliche Angelegenheit" im Verständnis des § 2 Abs. 6 DVG bzw. des § 1 Abs. 1 Z. 1 des Bundespensionsamtsübertragungs-Gesetzes. Hieraus folgt die Unzuständigkeit der Aktivdienstbehörde zur Behandlung dieses Antragspunktes, woraus wiederum die Abweisung der gegen den zweiten Satz des Spruchpunktes 2. des zweitangefochtenen Bescheides gerichteten Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG folgt.

Demnach waren die Pensionsbehörden zur Beurteilung der Zulässigkeit, bejahendenfalls der inhaltlichen Berechtigung dieses Antrages zuständig. In diesem Zusammenhang verweist der Bundesminister für Finanzen zutreffend darauf, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zwar die bescheidmäßige Feststellung der Gebührlichkeit eines strittigen Bezugs(-bestandteiles) oder eines sonstigen strittigen besoldungsrechtlichen Anspruchs jedenfalls zulässig, hingegen ein Feststellungsbescheid über einzelne Berechnungselemente eines strittigen Bezugs(-bestandteiles) oder eines sonstigen strittigen besoldungsrechtlichen Anspruchs unzulässig ist, weil die strittige Frage der Berechnung des Anspruchs im besoldungsrechtliche Verfahren betreffend die Feststellung der Gebührlichkeit des Anspruchs geklärt werden kann (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 12. Dezember 2008, Zl. 2007/12/0201, mit weiteren Hinweisen). Der unter "A. (b) (bb)" gestellte Antrag des Beschwerdeführers ist ohnedies als auf zeitraumbezogene Feststellung betreffend Gebührlichkeit bzw. Höhe des Ruhebezuges ab 1. Jänner 2007 gerichtet zu verstehen. Die von ihm unter A. (b) (aa) aufgeworfenen Fragen bezüglich der Grundlage der Pensionsbemessung sind daher - wie der Bundesminister für Finanzen zutreffend festgestellt hat - nicht gesondert feststellungsfähig. Er hat diesen Antrag daher zu Recht im Instanzenzug als unzulässig zurückgewiesen (Pkt. 2. des erstinstanzlichen Bescheides vom 7. August 2009). Auch die dagegen gerichtete Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Zu dem unter A. (b) (bb) gestellten Antrag:

Zur Deutung dieses Antrages ist auf das Vorgesagte zu verweisen. Dabei handelt es sich um eine "pensionsrechtliche Angelegenheit" im Verständnis des § 2 Abs. 6 DVG bzw. des § 1 Abs. 1 Z. 1 Bundespensionsamtübertragungs-Gesetz. Hieraus folgt unter Berücksichtigung des Vorgesagten zunächst, dass die Beschwerde gegen Spruchpunkt 3. des zweitangefochtenen Bescheides gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Die Zuständigkeit zur Entscheidung über diesen Antrag kam somit den Pensionsbehörden zu.

Mit dem im Instanzenzug ergangenen erstangefochtenen Bescheid hat der Bundesminister für Finanzen die Aussetzung dieses Verfahrens bis zu einer Entscheidung der Aktivdienstbehörde über die unter A. (a) und (b) (aa) (offenbar gemeint soweit es die Ruhestandsversetzung betrifft) gestellten Anträge vorgenommen. Im Hinblick auf die gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 PG 1965 statuierte Abhängigkeit der Ruhegenussberechnungsgrundlage von der Bemessungsgrundlage für den Pensionsbeitrag gemäß § 22 Abs. 2 GehG, welche ihrerseits vom gebührenden Gehalt und den als ruhegenussfähig erklärten Zulagen abhängig ist, stellt die von der Dienstbehörde in Erledigung des Antragspunktes A. (a) vorzunehmende Bemessung (Feststellung der Gebührlichkeit) von Gehalt und ruhegenussfähigen Zulagen im Zeitraum zwischen 21. Juni 2002 und 31. Dezember 2006 eine Vorfrage für die Pensionsbemessung im Verständnis des § 38 AVG dar.

Vor diesem Hintergrund ist der im Instanzenzug erfolgten Aussetzung (Pkt. 3. des erstinstanzlichen Bescheides vom 7. August 2009) des diesbezüglichen Verfahrens durch den Bundesminister für Finanzen nicht entgegen zu treten, zumal sich die Beschwerde diesbezüglich ausschließlich auf die Behauptung beschränkt, der Bundesminister für Finanzen habe "zu Unrecht das Verfahren ausgesetzt". Die Beschwerde war daher auch insoweit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Zum Antragspunkt A. (c):

Dazu genügt es auszuführen, dass der diesbezügliche Antrag auf anspruchsmindernde Anrechnung von Einkünften das Schicksal der Hauptanträge, auf die er sich jeweils bezieht, teilt. Zum Antragspunkt B:

Dieser Eventualantrag des Beschwerdeführers beruht offenbar auf der Überlegung, dass ihm seit dem 21. Juni 2002 zwar keine Aktivdienstbezüge, aber - als Folge der von ihm ins Treffen geführten Rechts- und Judikaturänderungen - zur Vermeidung einer fortdauernden Diskriminierung durch den von der Disziplinarbehörde verfügten Abzug, höhere Ruhebezüge als die erhaltenen zustehen könnten, und zwar ohne dass es hiezu einer vorangehenden

rechtsgestaltenden Erledigung der Disziplinarbehörde in Richtung einer Aufhebung oder Modifikation ihres Erkenntnisses bedürfte. Er ist daher bei verständiger Würdigung als auf Bemessung von Ruhebezügen ab 21. Juni 2002 gerichtet anzusehen und stellt insofern eine "pensionsrechtliche Angelegenheit" im Verständnis des § 2 Abs. 6 DVG bzw. des § 1 Abs. 1 Z. 1 Bundespensionsamtübertragungs-Gesetz dar. Es handelt sich dabei auch nicht um eine "Dienstrechtsangelegenheit", die aus Tatsachen herrührt, die vor dem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis eingetreten sind, zumal der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang eben eine Diskriminierung nach der sexuellen Orientierung infolge Vorenthaltens eines höheren Ruhegenusses geltend macht. Der Antragspunkt B. unterscheidet sich insofern vom Antragspunkt A. (b) (bb) bei verständiger Würdigung lediglich in Ansehung des Zeitraumes, auf den er sich bezieht.

Aus dem Vorgesagten folgt zunächst, dass die Bundesministerin für Inneres diesen Antrag zu Recht mit Spruchpunkt 5. ihres Bescheides wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen hat. Die dagegen gerichtete Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Hingegen hat der Bundesminister für Finanzen zu Unrecht die Zuständigkeit der Pensionsbehörden zur Entscheidung über diesen Bemessungsantrag (Pkt. 4. des erstinstanzlichen Bescheides vom 7. August 2009) verneint, sodass der erstangefochtene Bescheid insoweit gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben war.

Für das weitere Verfahren wird auf den Charakter dieses Antrages als Eventualantrag, insbesondere gegenüber dem Antrag "A. (a)" hingewiesen. Ein Abspruch über den genannten Antrag durch die Pensionsbehörden wird daher erst nach rechtskräftiger Entscheidung der Aktivdienstbehörden über den Antrag A. (a) stattzufinden haben.

Zu Antragspunkt C.:

Der Beschwerdeführer leitet die unter diesem Antragspunkt begehrte Entschädigung erlittener persönlicher Beeinträchtigung nach seinem Antragsvorbringen sowohl aus der Vorenthaltung von Aktivdienstbezügen (für Zeiträume bis zum 31. Dezember 2006) als auch aus der Vorenthaltung von Ruhebezügen (jedenfalls für die Zeit ab 1. Jänner 2007) ab. Die seinerzeitige disziplinarrechtliche Verurteilung kann bei vernünftiger Würdigung nicht Gegenstand von Ansprüchen nach § 18b B-GIBG sein (vgl. im Übrigen auch § 20 Abs. 1 letzter Satz leg. cit.).

Eine behauptete Diskriminierung durch Vorenthaltung behauptetermaßen gemäß § 13 Abs. 1 Z. 2 bzw. 6 B-GIBG zustehender Aktivdienstbezüge stellt keine "pensionsrechtliche Angelegenheit" dar. Insofern also ein Anspruch auf erlittene persönliche Beeinträchtigung gemäß § 18b B-GIBG hieraus abgeleitet wird, ist die Aktivdienstbehörde zu seiner Beurteilung zuständig.

Anderes gilt, wenn ein Anspruch auf Entschädigung für erlittene persönliche Beeinträchtigung aus der diskriminierenden Vorenthaltung gemäß § 13 Abs. 1 Z. 2 und 6 B-GIBG gebührender Ruhebezüge (durch die dafür zuständigen Pensionsbehörden) abgeleitet wird (vgl. zur grundsätzlichen Anwendbarkeit der Gleichbehandlungsrichtlinie auf die österreichischen Beamten zustehenden Ruhebezüge insbesondere auch das hg. Erkenntnis vom 23. Jänner 2008, Zl. 2007/12/0070 = VwSlg. 17.361 A/2008).

Vor diesem Hintergrund wäre der Beschwerdeführer gehalten gewesen, schon in seinem Antrag klarzustellen, welchen Teilbetrag der insgesamt begehrten Entschädigung von EUR 50.000,- er aus der Vorenthaltung von Aktiv- bzw. welchen Teilbetrag er aus der Vorenthaltung von Ruhebezügen begehrt, weil in Ansehung dieser jeweiligen Teilbeträge verschiedene Behörden zur Beurteilung des Anspruches auf Entschädigung der erlittenen persönlichen Beeinträchtigung zuständig sind.

Da eine solche Aufschlüsselung nicht erfolgt ist, wären beide belangten Behörden zwecks Beurteilung des Umfanges ihrer Zuständigkeit gehalten gewesen, den Beschwerdeführer zu einer diesbezüglichen Verbesserung seines Antrages anzuhalten.

Nur in Ansehung des aus der Vorenthaltung von Aktivdienstbezügen abgeleiteten Entschädigungsanspruches für persönliche Beeinträchtigung (Pkt. 6.) hätte die Bundesministerin für Inneres eine meritorische Entscheidung treffen dürfen. In Ansehung des darüber hinaus an sie herangetragenen Teilanspruches aus der Vorenthaltung von Ruhebezügen hätte sie mit Zurückweisung vorgehen müssen.

Umgekehrt folgt für den Bundesminister für Finanzen, dass er zu Unrecht zur Gänze seine Zuständigkeit für den diesbezüglichen Entschädigungsanspruch (Pkt. 5. des erstinstanzlichen Bescheides vom 7. August 2009) verneint hat,

wiewohl die Pensionsbehörden für jenen Teilbetrag zuständig gewesen wären, der aus der Vorenthaltung von Pensionsbezügen abgeleitet wurde.

Aus diesen Erwägungen waren in Ansehung des Antragspunktes C. beide Bescheide wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff, insbesondere auf § 50 VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung

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

© 2024 JUSLINE

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

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