

# TE Vwgh Erkenntnis 2019/2/28 Ra 2016/12/0072

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.02.2019

## Index

E000 EU- Recht allgemein

E1E

E3L E05200510

E6j

10/07 Verwaltungsgerichtshof

19/05 Menschenrechte

24/01 Strafgesetzbuch

40/01 Verwaltungsverfahren

59/04 EU - EWR

63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz

63/08 Sonstiges allgemeines Dienstrecht und Besoldungsrecht

65/01 Allgemeines Pensionsrecht

## Norm

AVG §56

BDG 1979 §148 Abs2

BDG 1979 §151 Abs2 idF 1995/043

BDG 1979 §151 Abs3 idF 1995/043

BDG 1979 §20

BDG 1979 §80 Abs4a idF 1998/I/123

BDG 1979 §80 Abs5 Z1 idF 1998/I/123

DP §24

DP §93 litd

DP §97

EURallg

MRK Art6

PG 1965 §3

PG 1965 §4

PG 1965 §5 Abs1

PG 1965 §6 Abs1

PG 1965 §7

StG §129I

StGB §209

VwGG §42 Abs2 Z1

VwGVG 2014 §17

VwGVG 2014 §27

12010E157 AEUV Art157

32000L0078 Gleichbehandlungs-RL Beschäftigung Beruf

32000L0078 Gleichbehandlungs-RL Beschäftigung Beruf Art2

32000L0078 Gleichbehandlungs-RL Beschäftigung Beruf Art2 Abs2 lita

32000L0078 Gleichbehandlungs-RL Beschäftigung Beruf Art3 Abs1 litc

62013CJ0529 Felber VORAB

62017CJ0258 E.B. VORAB

### **Beachte**

\* Enderledigung des gegenständlichen Ausgangsverfahrens im fortgesetzten Verfahren:

Ra 2016/12/0072 B 27.04.2017

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Köhler, Senatspräsident Dr. Zens, Hofrat Dr. Pfiel, Hofrätin Mag.a Nussbaumer-Hinterauer und Hofrat Mag. Feiel als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Kratschmayr, über die Revision des E B in B, vertreten durch Dr. Helmut Graupner, Rechtsanwalt in 1130 Wien, Maxingstraße 22-24/4/9, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. Mai 2016, Zl. W201 2111332-1/9E, betreffend Ruhegenussbemessung und Schadenersatzansprüche nach dem B-GIBG (vor dem Bundesverwaltungsgericht belangte Behörde: Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter - BVA),

### **Spruch**

I. den Beschluss gefasst:

Soweit sich die Revision gegen die Bestätigung des Spruchpunktes 4. des vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochtenen Bescheides richtet, wird sie zurückgewiesen.

II. zu Recht erkannt:

Im Übrigen (in Ansehung der Bestätigung der Spruchpunkte 1. bis 3. des vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochtenen Bescheides) wird das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Der Antrag des Revisionswerbers auf Zuspruch von Kostenersatz durch das Land Wien wird abgewiesen.

### **Begründung**

1 In Ansehung der Vorgeschichte wird - zur Vermeidung von Wiederholungen - auch auf das hg. Erkenntnis vom 10. Oktober 2012, 2011/12/0007, sowie auf den hg. Beschluss (das Vorabentscheidungsersuchen) vom 27. April 2017, EU 2017/0001-1, verwiesen.

2 Folgende Umstände sind hervorzuheben:

3 Der am 1. Jänner 1942 geborene Revisionswerber steht in einem öffentlich-rechtlichen Ruhestandsverhältnis zum Bund.

4 Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 10. September 1974 wurde er - damals Polizeibeamter des Aktivstandes - wegen des versuchten Delikts nach § 129 I. des Österreichischen Strafgesetzes 1945, ASlg. Nr. 2 (im Folgenden: StG), in der Fassung dieses Paragraphen nach dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 273/1971, zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, welche unter Setzung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen wurde.

5 Eine Berufung des Revisionswerbers an das Oberlandesgericht Wien blieb erfolglos.

6 Mit Erkenntnis der Disziplinarkommission bei der Bundespolizeidirektion Wien vom 10. Juni 1975 wurde der Revisionswerber schuldig erkannt,

„seine Standespflichten (§ 24 Abs. 1 DP.) dadurch verletzt zu haben, daß er am 25. Februar 1974 gegen Abend, außer Dienst, im Wiener Prater den 15-jährigen W und den 14-jährigen H zur Vornahme einer so genannten Handonanie an ihm aufforderte, weshalb er wegen Verbrechens der versuchten gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Jugendlichen nach den §§ 8, 129 I. StG. verurteilt wurde.

Er hat dadurch ein Dienstvergehen (§ 87 DP.) begangen; es wird deshalb über ihn die Disziplinarstrafe der Versetzung in den dauernden Ruhestand mit gemindertem Ruhegehalt verhängt und der Abzug von dem normalmäßigen Ruhegehalt mit 25 % (fünfundzwanzig Prozent) festgesetzt (§ 93 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit § 97 Abs. 1 DP.).“

In der Begründung dieses Bescheides heißt es:

„Die Disziplinarkommission erblickte nun sofort und einwandfrei in dem sohin bindend festgestellten Verhalten des Beschuldigten eine der denkbar schwersten Pflichtverletzungen im Hinblick auf den Pflichtenkatalog der Dienstpragmatik, in Sonderheit unter Zugrundelegung des § 24 Abs. 1, wonach der Beamte dazu verhalten ist, auch außer Dienst sein ‚Standesansehen zu wahren und alles zu vermeiden was die Achtung und das Vertrauen, die seine Stellung erfordert, schmälern könnte‘. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Klamorosität des Falles hingewiesen, der seinerzeit in den Gazetten ausführliche Beschreibung fand.

Des weiteren bedarf es wohl keiner besonderen Begründung dafür, dass in der Verfehlung selbstverständlich ein Dienstvergehen nach § 87 DP. zu erkennen war.

Ungeachtet der vom Gericht getroffenen Anordnung, die mit der Verurteilung verbundenen Rechtsfolgen hätten vorläufig nicht einzutreten, fand die Disziplinarkommission, die hier den Überlegungen des Gerichtes zu folgen keineswegs gehalten ist, dass der Art und Schwere und den besonderen Umständen des Dienstvergehens nur strengste disziplinäre Konsequenzen entsprechen konnten. Wenn der Gesetzgeber die gleichgeschlechtliche Unzucht an sich auch aus dem Strafgesetz eliminierte, so steht doch außer Frage, dass Homosexuelle in den Reihen der Sicherheitsexekutive für diese an sich schon eine arge Belastung darstellen. Ein Mann, dessen homosexuelle Neigungen schon bekannt sind, würde wohl kaum Aufnahme bei der Sicherheitswache finden! Wenn es nun aber dazu kommt, dass ein noch dazu dienstführender Beamter dieser seiner abwegigen Neigung in einer Form nachgeht, die einem noch immer als Verbrechen qualifizierten Tatbestand gleichkommt, so ist damit die Voraussetzung für einen weiteren Verbleib in den Reihen der Sicherheitswache einfach nicht mehr gegeben. Ganz zu schweigen von dem sicher auch in der Öffentlichkeit noch immer fehlenden Verständnis für den Verbleib eines solcherart unliebsamen in Erscheinung getretenen Polizeibeamten, für den selbst übrigens eine weitere Dienstleistung schon wegen der zu erwartenden Vorbehalte in der Kollegenschaft schwere Belastungen mit sich brächten. Mit diesen Ausführungen wurde auch schon auf die Straffrage eingegangen. Wenn schließlich und unter Bedachtnahme auf § 99 Abs. 1 DP. die Versetzung in den dauernden Ruhestand mit dem Höchstausmaß des festzusetzenden Abzuges vom Ruhegehalt vorgegangen wurde, so war es vor allem die über zehn Jahre lange positive, durch mehrere Belobungen gekennzeichnete Dienstleistung, die dabei Berücksichtigung fand. In etwa wurden hierbei auch die für die milde Strafe und die sonstigen Rechtswohlthaten bei Gericht maßgebenden Gründe berücksichtigt.

Eine noch mildere Strafe zu verhängen und damit den Beamten im aktiven Dienst zu belassen, erschien der Disziplinarkommission ausgeschlossen, sollte nicht jedes noch vertretbare Selbstverständnis der Polizei und deren ohnehin nicht mehr allzu hohe Reputation ad absurdum geführt werden. Es ist niemand gezwungen, Polizist zu werden; entschließt sich jemand hiezu, so hat er sich damit von vornherein gewissen zusätzlichen Pflichten unterworfen, für deren Missachtung dann eben einzutreten und disziplinäre Konsequenzen zu tragen er verbunden ist.“

7 Mit Bescheid der Disziplinaroberkommission beim Bundesministerium für Inneres vom 24. März 1976 wurde der erstinstanzliche Bescheid bestätigt. Der Revisionswerber wurde damit mit Wirkung vom 1. April 1976 in den Ruhestand versetzt.

8 Mit Bescheid vom 17. Mai 1976 wurde der Ruhebezug des Revisionswerbers auf Basis seiner Ruhestandsversetzung mit Wirkung vom 1. April 1976 und unter Berücksichtigung der von der Disziplinarbehörde verfügbaren 25 %igen Kürzung bemessen.

9 Mit Schreiben vom 2. Juni 2008 stellte der Revisionswerber an die Disziplinarbehörde u.a. die Anträge, das Disziplinarerkenntnis vom 10. Juni 1975 aufzuheben und das Disziplinarverfahren gegen ihn einzustellen, hilfsweise

festzustellen, dass die Rechtswirkungen dieses Disziplinarerkenntnisses mit 21. Juni 2002 erloschen seien. Er beantragte weiters die Auszahlung von Aktivbezügen für näher genannte Zeiträume, hilfsweise die Verfügung der Abstandnahme von der Kürzung der Ruhebezüge ab dem 21. Juni 2002.

10 Der Revisionswerber vertrat in diesem Zusammenhang die Rechtsauffassung, die Stattgebung seiner Anträge sei erforderlich, um der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (etwa in der Rechtssache L. und V. gegen Österreich, Urteil vom 9. Jänner 2003, Bsw. 39392/98 und 39829/98) Rechnung zu tragen, indem seine als konventionswidrig zu qualifizierende disziplinarrechtliche Verurteilung aufgehoben werde.

11 Die Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt wies diese (offenbar von ihr insgesamt als auf Wiederaufnahme des Disziplinarverfahrens gerichtet gewerteten) Anträge wegen Versäumung der absoluten Wiederaufnahmefrist von zehn Jahren mit Bescheid vom 17. Juni 2009 zurück. Auch eine amtswegige (rechtsgestaltende) Verfügung in Richtung der Aufhebung oder Abänderung des Disziplinarerkenntnisses sei ihr gesetzlich verwehrt.

12 Eine dagegen gerichtete Beschwerde des Revisionswerbers vor dem Verwaltungsgerichtshof wurde mit hg. Erkenntnis vom 26. Jänner 2012, 2009/09/0172, als unbegründet abgewiesen.

13 Am 11. Februar 2009 stellte der Revisionswerber an die Dienst- bzw. Pensionsbehörde die hier verfahrensgegenständlichen, auf die Bemessung und Nachzahlung von Aktiv- bzw. von höheren Ruhebezügen gerichteten Anträge. Er vertrat primär die Meinung, zur Vermeidung einer (fortgesetzten) Diskriminierung sei er besoldungs- und pensionsrechtlich so zu stellen, als hätte er bis zur Erreichung seines gesetzlichen Pensionsalters Aktivdienst geleistet. Hilfsweise meinte er, es stünde ihm zumindest ab dem 21. Juni 2002, dem Datum des unten in Rn 33 erwähnten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes, der ungekürzte Ruhegenuss zu.

14 Die Anträge auf Bezahlung (Nachzahlung) von Aktivbezügen wurden mit einem in Rechtskraft erwachsenen Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 9. Oktober 2013 im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, der Revisionswerber habe keinen Schaden erlitten, zumal seine durch den Entfall der Dienstleistung für den Bund in der Privatwirtschaft erzielten Einkünfte die im gedachten Fall des Fortbestandes seines Dienstverhältnisses gebührenden Aktivbezüge überstiegen hätten.

15 Über die (in der Folge auch vom Revisionswerber teilweise modifizierten) Anträge in Sachen Bemessung des Ruhebezuges sprach die BVA mit Bescheid vom 11. Juni 2015 wie folgt ab:

„1.) Ihr Antrag vom 11.02.2009 in der mit Schriftsätzen vom 23.11.2012 und 17.11.2013 geänderten Fassung lautend

„(A) (b) (bb) auszusprechen, dass der A Anspruch hat auf Bezahlung (und Nachzahlung seit 01.01.2008) der Differenz zwischen dem Pensionsbezug auf Grund des Disziplinarerkenntnisses der Disziplinarcommission 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 01.01.2008) samt 4% Zinsen (aus dem Nachzahlungsbetrag) seit 11.02.2009,

(c) auszusprechen, dass bei der Anwendung des Punktes A. (b) (bb) jene Einkünfte anzurechnen sind, die der A in diesem Zeitraum auf Grund von Erwerbstätigkeit oder an Ruhegenüssen aus Erwerbstätigkeit (mit Ausnahme des Pensionsbezugs auf Grund des Disziplinarerkenntnisses der Disziplinarcommission der BPD-Wien vom 10.06.1975) tatsächlich erhalten hat.’

wird gemäß § 3 Pensionsgesetz 1965, BGBl. 340, in Verbindung mit § § 93 Abs. 1 lit. d der Dienstpragmatik, RGBl.Nr. 15/1914, abgewiesen.

2.) Ihr Antrag vom 11.02.2009 lautend

„B. auszusprechen, dass der Abzug von dem normalmässigen Ruhegenuss mit Wirkung vom 21.06.2002 entfällt.’

wird gemäß § 3 Pensionsgesetz 1965, BGBl. 340, in Verbindung mit § 93 Abs. 1 lit. d der Dienstpragmatik, RGBl.Nr. 15/1914, abgewiesen.

3.) Ihr Antrag vom 11.02.2009 in der mit Schriftsatz vom 23.11.2012 geänderten Fassung lautend

„C. auszusprechen, dass der Bund dem A für die persönliche Beeinträchtigung, die er bei der Gewährung der Arbeitsbedingungen und der Festsetzung des Entgeltes durch die auf Grund seiner sexuellen Orientierung

diskriminierenden Vorenthaltung von Ruhebezügen erlitten hat, eine Entschädigung idHv EUR 50.000,- samt 4% Zinsen seit 11.02.2009 zu bezahlen hat.'

wird gemäß § 19b Bundes-Gleichbehandlungsgesetz abgewiesen.

4.) Ihr Antrag vom 17.11.2013 lautend

,'E. auszusprechen, dass der Bund dem A Vertretungskosten in der Höhe von EUR 7.966,68 (darin EUR 1.311,50 an 20%iger USt) zu ersetzen hat, und auch über diesen Antrag bescheidmäßig abzusprechen.'

wird gemäß § 74 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl. Nr. 51/1991, abgewiesen."

16 Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Erkenntnis vom 25. Mai 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht die gegen den Bescheid vom 11. Juni 2015 erhobene Beschwerde des Revisionswerbers gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet ab und sprach aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.

17 Begründend vertrat das Bundesverwaltungsgericht zunächst die Auffassung, auf Grund des in Rechtskraft erwachsenen Bescheides der Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt vom 17. Juni 2009 (sowie auf Grund der Abweisung der dagegen erhobenen Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof) stehe fest, dass die Wirkungen des Disziplinarerkenntnisses vom 24. März 1976 nach wie vor aufrecht seien. Dass dem Revisionswerber (für Zeiten vor Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters) keine Aktivbezüge zugestanden seien, ergebe sich aus dem in Rechtskraft erwachsenen Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 9. Oktober 2013.

18 Darüber hinaus sei - wie der Verwaltungsgerichtshof auch in dem bereits zitierten hg. Erkenntnis vom 26. Jänner 2012 ausgeführt habe - der Revisionswerber auch nicht nach der sexuellen Orientierung diskriminiert worden. Er habe sich vielmehr einer Verletzung seiner Standespflichten gemäß § 24 Abs. 1 der Dienstpragmatik, RGBl. Nr. 15/1914 (im Folgenden: DP), schuldig gemacht, wobei er „eine der denkbar schwersten Pflichtverletzungen begangen“ habe. In Ermangelung einer Diskriminierung des Revisionswerbers fehle es auch an einer Grundlage für das unter Spruchpunkt 3. des Bescheides vom 11. Juni 2015 abgewiesene Schadenersatzbegehren.

19 Das unter Spruchpunkt 4. abgewiesene Begehren auf Kostenersatz scheitere überdies daran, dass § 74 Abs. 1 AVG den Grundsatz der Selbsttragung der Vertretungskosten vorsehe.

20 Die Revision sei unzulässig, zumal die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht abweiche, noch es an einer solchen Rechtsprechung fehle. Auch sei die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

21 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision vor dem Verwaltungsgerichtshof. In der abgesonderten Zulassungsbegründung wird die Frage aufgeworfen, ob die Rechtskraftwirkungen des Disziplinarerkenntnisses vom 24. März 1976 durch das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (im Folgenden: RL 2000/78) für die entscheidungsgegenständlichen Ruhebezugsperioden obsolet geworden sind.

22 Darüber hinaus sei mit dem Bescheid der Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt vom 17. Juni 2009 lediglich über die Frage der Zulässigkeit einer rückwirkenden Beseitigung aller Rechtskraftwirkungen des Disziplinarerkenntnisses vom 24. März 1976 im Wege der Wiederaufnahme entschieden worden, nicht aber darüber, ob - wie im hier gegenständlichen Verfahren behauptet - infolge einer späteren Rechtsänderung eine Beseitigung der Rechtskraftwirkungen dieses Erkenntnisses ex nunc eingetreten sei. Schließlich habe der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26. Jänner 2012 lediglich eine Diskriminierung des Revisionswerbers nach der sexuellen Orientierung durch die Versagung seines Begehrens auf Wiederaufnahme verneint. Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes habe ihn die seinerzeitige Entscheidung im Disziplinarverfahren sehr wohl nach der sexuellen Orientierung diskriminiert. Auch habe das Bundesverwaltungsgericht gegen die auf Grund des Art. 6 EMRK und des Art. 47 GRC bestehende Verhandlungspflicht verstoßen.

23 Der Revisionswerber beantragt, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, hilfsweise wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Zum Ersatz der Verfahrenskosten mögen der Bund und das Land Wien zur ungeteilten Hand verurteilt werden.

24 Die vor dem Bundesverwaltungsgericht belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung, auf welche der Revisionswerber replizierte.

25 Mit Beschluss vom 23. September 2016, E 1547/2016, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung einer parallel zum vorliegenden Verfahren gegen das angefochtene Erkenntnis erhobenen Beschwerde des Revisionswerbers ab.

26 Mit dem in Rn 1 zitierten Beschluss vom 27. April 2017 stellte der Verwaltungsgerichtshof an den Gerichtshof der Europäischen Union ein Vorabentscheidungsersuchen betreffend die Vereinbarkeit der Aufrechterhaltung der Rechtskraftwirkungen des Disziplinarerkenntnisses vom 24. März 1976 mit Art. 2 RL 2000/78.

27 Mit Urteil des Gerichtshofes (große Kammer) vom 15. Jänner 2019, Rs C-258/17, E. B. (ECLI:EU:C:2019:17) wurden die Vorabentscheidungsfragen des Verwaltungsgerichtshofes wie folgt beantwortet:

„Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass er nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist dieser Richtlinie, d.h. ab dem 3. Dezember 2003, auf die zukünftigen Wirkungen einer in Rechtskraft erwachsenen Disziplinarentscheidung, die vor dem Inkrafttreten dieser Richtlinie erlassen wurde und mit der die Versetzung eines Beamten in den vorzeitigen Ruhestand unter Kürzung seiner Ruhebezüge angeordnet wurde, anwendbar ist.

Die Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass sie in einer Situation wie der in Nr. 1 des Tenors des vorliegenden Urteils beschriebenen das nationale Gericht verpflichtet, für die Zeit ab dem 3. Dezember 2003 zwar nicht die bestandskräftige Disziplinarstrafe, mit der der betreffende Beamte in den vorzeitigen Ruhestand versetzt wurde, aber die Kürzung seiner Ruhebezüge zu überprüfen, um den Betrag zu ermitteln, den er erhalten hätte, wenn er nicht aufgrund der sexuellen Orientierung diskriminiert worden wäre.“

28 Daraufhin erstattete der Revisionswerber eine weitere Äußerung, in welcher er die Ansicht vertrat, dass ein Entfall der Kürzung des Ruhebezuges mit Wirkung ab 3. Dezember 2003 geboten sei.

29 Zur Rechtslage:

30 Am 25. Februar 1974 standen die §§ 128 und 129 StG jeweils in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 273/1971 in Geltung. Sie lauteten:

„Schändung.

§ 128. Wer einen Knaben oder ein Mädchen unter vierzehn Jahren, oder eine im Zustande der Wehr- oder Bewußtlosigkeit befindliche Person zur Befriedigung seiner Lüste auf eine andere als die im § 127 bezeichnete Weise geschlechtlich mißbraucht, begeht das Verbrechen der Schändung, und soll mit schwerem Kerker von einem bis zu fünf Jahren, bei sehr erschwerenden Umständen bis zu zehn, und wenn eine der im § 126 erwähnten Folgen eintritt, bis zu zwanzig Jahren bestraft werden.

Verbrechen der Unzucht.

I. Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Jugendlichen.

§ 129. Als Verbrechen werden auch nachstehende Arten der Unzucht bestraft:

I. Gleichgeschlechtliche Unzucht einer Person männlichen Geschlechtes, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, mit einer Person, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.“

31 Die genannten Strafbestimmungen sahen somit unterschiedliche Schutzalter für homosexuelle Kontakte (18 Jahre) einerseits, sowie für heterosexuelle oder lesbische Kontakte (14 Jahre) andererseits vor.

32 Entsprechendes galt für die Rechtslage nach dem am 1. Jänner 1975 in Kraft getretenen Strafgesetzbuch, BGBl. Nr. 60/1974 (im Folgenden: StGB; vgl. dessen §§ 207 und 209).

33 § 209 StGB wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 21. Juni 2002, G 6/02, mit Wirkung vom 28. Februar 2003 als verfassungswidrig aufgehoben.

34 Dem Wirksamwerden dieser Aufhebung kam der österreichische Bundesgesetzgeber zuvor, indem er mit dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 134/2002 § 209 StGB seinerseits schon mit Wirkung vom 13. August 2002 aufhob.

35 In der Folge wurde Österreich vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mehrfach im Zusammenhang mit der (vor seiner Aufhebung erfolgten) Anwendung des - dem § 129 I StG entsprechenden - § 209 StGB verurteilt (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Urteile L. und V. gegen Österreich vom 9. Jänner 2003, Bsw. 39392/98 und 39829/98, S. L. gegen Österreich vom 9. Jänner 2003, Bsw. 45330/99, sowie Woditschka und Wilfling gegen Österreich vom 21. Oktober 2004, Bsw. 69756/01 und 6306/02, u.a.).

36 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ging in dem erstgenannten Urteil im Wesentlichen davon aus, dass § 209 StGB gegen Art. 8 und 14 EMRK verstoße, weil eine hinreichende Rechtfertigung für das unterschiedliche Schutzalter in Ansehung homosexueller Kontakte mit Erwachsenen einerseits und heterosexueller oder lesbischer Kontakte mit Erwachsenen andererseits nicht dargetan worden sei.

37 § 24, § 87, § 90, § 93 und § 97 DP in ihren im Zeitraum zwischen 1974 und 1976 in Kraft gestandenen Fassungen (§ 90 DP idF BGBl. Nr. 148/1969, die übrigen wiedergegebenen Teile der Bestimmungen in ihrer Stammfassung), lauteten:

„Verhalten.

§ 24.

Der Beamte hat in und außer Dienst das Standesansehen zu wahren, sich stets im Einklang mit den Anforderungen der Disziplin zu verhalten und alles zu vermeiden, was die Achtung und das Vertrauen, die seine Stellung erfordert, schmälern könnte.

Auch im Ruhestand ist der Beamte zu einer dem Standesansehen angemessenen Haltung verpflichtet.

...

V. Abschnitt.

Ahndung von Pflichtverletzungen.

Disziplinäre Verantwortlichkeit.

§ 87.

Beamte, welche ihre Standes- und Amtspflichten verletzen, werden unbeschadet ihrer strafgesetzlichen Verantwortlichkeit mit Ordnungs- oder Disziplinarstrafen belegt, je nachdem sich die Pflichtverletzung nur als eine Ordnungswidrigkeit oder mit Rücksicht auf die Schädigung oder die Gefährdung staatlicher Interessen, auf die Art oder die Schwere der Verfehlung, auf die Wiederholung oder auf sonstige erschwerende Umstände als ein Dienstvergehen darstellt.

...

Ordnungsstrafen.

§ 90.

Ordnungsstrafen sind:

- a) die Verwarnung;
- b) die Geldbuße.

...

Disziplinarstrafen.

§ 93.

Disziplinarstrafen sind:

- a) der Verweis,
- b) die Ausschließung von der Vorrückung in höhere Bezüge,
- c) die Minderung des Monatsbezuges unter Ausschluss der Haushaltszulage,
- d) die Versetzung in den Ruhestand mit gemindertem Ruhegenuss,

e) die Entlassung.

Disziplinarstrafen können nur durch Erkenntnis der zuständigen Disziplinarkommission auf Grund eines vorschriftsmäßig durchgeführten Disziplinarverfahrens verhängt werden.

Disziplinarerkenntnisse können durch eine Verwaltungsverfügung weder verhängt noch aufgehoben werden.

...

§ 97.

Die strafweise Versetzung in den Ruhestand kann entweder für einen bestimmten Zeitraum oder dauernd erfolgen. Der Abzug von dem normalmäßigen Ruhegenuss (der Abfertigung) ist mit höchstens 25 Prozent festzusetzen.

Nach Ablauf des im Erkenntnis bestimmten Zeitraumes ist der Beamte so zu behandeln, als wäre er zur Zeit der Rechtskraft des Disziplinarerkenntnisses auf Grund des § 76 in den zeitlichen Ruhestand versetzt worden.“

38 Die im Zeitpunkt der Ruhestandsversetzung des Revisionswerbers in Kraft gestandenen, für die Bemessung seines Ruhebezuges maßgeblichen Bestimmungen der §§ 3, 4, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 7 des Pensionsgesetzes 1965, BGBl. Nr. 340, sämtliche in der Stammfassung lauteten:

„ABSCHNITT II

RUHEBEZUG

Anspruch auf Ruhegenuss

§ 3.(1) Dem Beamten des Ruhestandes gebührt ein monatlicher Ruhegenuss, wenn seine ruhegenussfähige Gesamtdienstzeit mindestens zehn Jahre beträgt.

(2) Der Ruhegenuss und die nach diesem Bundesgesetz gebührenden Zulagen bilden zusammen den Ruhebezug des Beamten.

Ruhegenussermittlungsgrundlagen und Ruhegenussbemessungsgrundlage

§ 4. (1) Der Ruhegenuss wird auf der Grundlage des ruhegenussfähigen Monatsbezuges und der ruhegenussfähigen Gesamtdienstzeit ermittelt.

(2) 80 v. H. des ruhegenussfähigen Monatsbezuges bilden die Ruhegenussbemessungsgrundlage.

Ruhegenussfähiger Monatsbezug

§ 5. (1) Der ruhegenussfähige Monatsbezug besteht aus

a) dem Gehalt und

b) den als ruhegenussfähig erklärten Zulagen, die der besoldungsrechtlichen Stellung entsprechen, die der Beamte im Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Dienststand erreicht hat.

...

Ruhegenussfähige Gesamtdienstzeit

§ 6. (1) Die ruhegenussfähige Gesamtdienstzeit setzt sich zusammen aus

a) der ruhegenussfähigen Bundesdienstzeit,

b) den angerechneten Ruhegenussvordienstzeiten,

c) den angerechneten Ruhestandszeiten,

d) den zugerechneten Zeiträumen,

e) den durch besondere gesetzliche Bestimmungen oder auf Grund solcher Bestimmungen als ruhegenussfähig erklärten Zeiten.

...

Ausmaß des Ruhegenusses



§ 7. (1) Der Ruhegenuss beträgt bei einer ruhegenussfähigen Gesamtdienstzeit von zehn Jahren 50 v. H. der Ruhegenussbemessungsgrundlage. Er erhöht sich für jedes weitere ruhegenussfähige Dienstjahr um 2 v. H. der Ruhegenussbemessungsgrundlage.

(2) Der Ruhegenuss darf die Ruhegenussbemessungsgrundlage nicht übersteigen.“

39 Art. 1 RL 2000/78 nennt als verpönten Diskriminierungsgrund u.a. die sexuelle Orientierung.

40 Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a, Art. 3 Abs. 1 lit. c und Art. 17 RL 2000/78 lauten:

„Artikel 2

Der Begriff ‚Diskriminierung‘

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

(2) Im Sinne des Absatzes 1

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

...

Artikel 3

Geltungsbereich

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

...

c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts;

...

Artikel 17

Sanktionen

Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen diese Bestimmungen der Kommission spätestens am 2. Dezember 2003 mit und melden alle sie betreffenden späteren Änderungen unverzüglich.“

41 Gemäß Art. 18 erster Satz RL 2000/78 war diese grundsätzlich bis 2. Dezember 2003 umzusetzen.

42 Im Übrigen wird hinsichtlich der innerstaatlichen Rechtslage auch auf das hg. Vorabentscheidungsersuchen vom 27. April 2017 verwiesen.

43 Die Spruchteile des vom Bundesverwaltungsgericht bestätigten Bescheides der Pensionsbehörde waren jedenfalls betreffend die Spruchpunkte 1. bis 3. einerseits und 4. andererseits trennbar (vgl. dazu auch VwGH 25.1.2017, Ra 2016/12/0119). Im Falle der Beschwerdeabweisung tritt die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes an die Stelle der verwaltungsbehördlichen Entscheidung (VwGH 24.3.2015, Ro 2014/15/0042). Durch die Bestätigung aller Spruchpunkte hat auch das Bundesverwaltungsgericht insoweit getrennte Absprüche getroffen.

44 Liegen somit - wie hier - trennbare Absprüche vor, so ist die Zulässigkeit einer dagegen erhobenen Revision auch getrennt zu prüfen (vgl. VwGH 19.2.2018, Ra 2017/12/0022).

45 In Ansehung der Bestätigung der Spruchpunkte 1. bis 3. des Bescheides vom 11. Juni 2015 zeigt das oben wiedergegebene Zulassungsvorbringen grundsätzliche Rechtsfragen auf, weshalb die Revision insoweit zulässig ist; sie ist insoweit auch berechtigt:

46 Zunächst ist festzuhalten, dass - wie schon aus dem hg. Erkenntnis vom 10. Oktober 2012, 2011/12/0007, folgt - die (vom Revisionswerber schon 2009 in vergleichbarer Weise gestellten), in den Spruchpunkten 1. und 2. des Bescheides vom 11. Juni 2015 abgewiesenen Antragspunkte (A) (b) (bb) und B in ihrer Gesamtheit als auf die zeitraumbezogene Feststellung der Gebührlichkeit bzw. Höhe der strittigen Pensionsleistungen ab 21. Juni 2002 gerichtet zu verstehen sind. Aus dem Eventualcharakter des Antragspunktes B folgt (lediglich), dass eine zeitraumbezogene Bemessung der Geldleistungen für den Zeitraum vom 21. Juni 2002 bis 31. Dezember 2007 nur dann begehrt wird, wenn die Bemessung des ab 1. Jänner 2008 gebührenden Ruhebezuges nicht wie unter (A) (b) (bb) festgehalten, erfolgt. Diesfalls würde auch der Antragspunkt (A) (c) obsolet.

47 Vor diesem Hintergrund wäre das Bundesverwaltungsgericht somit zu einer zeitraumbezogenen Bemessung der strittigen Pensionsleistungen und zwar - wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt - ab 21. Juni 2002 verpflichtet gewesen. Demgegenüber war die hier vorgenommene Abweisung von Anträgen, diesen Ruhebezug in einer näher bestimmten Höhe zu bemessen - unabhängig von der Frage der inhaltlichen Richtigkeit der begehrten Berechnungsmethode -, rechtswidrig (vgl. zu einer ähnlichen Situation betreffend Arbeitsplatzbewertung VwGH 19.11.2002, 2001/12/0113).

48 Bei der - ohne weitere Antragsmodifikation - gebotenen zeitraumbezogenen Bemessung der in Rede stehenden Geldleistungen ist das Verbot der Diskriminierung nach der sexuellen Orientierung bei Festlegung des Arbeitsentgeltes nach Art. 2 RL 2000/78 in seiner Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 15. Jänner 2019, Rs C-258/17, E. B., zu beachten.

49 Art. 2 RL 2000/78 steht - wie sich aus Rn 63 des zitierten Urteiles ergibt - zunächst nicht der Aufrechterhaltung der Rechtskraftwirkung der Ruhestandsversetzung selbst entgegen, sodass - wie aus Rn 64 des zitierten Urteiles folgt - der Revisionswerber für die Zwecke der Berechnung der Höhe seiner Ruhebezüge nicht so angesehen werden kann, als habe er sich in der Zeit vom Wirksamwerden des Disziplinarerkenntnisses bis zum Erreichen des gesetzlichen Pensionsantrittsalters in der Situation eines Beamten im Aktivstand befunden.

50 Ebenso wenig bietet die EMRK für sich genommen - in Ermangelung innerstaatlicher Normen, welche für den Fall nachträglich erkannter Konventionsverletzungen eine rückwirkende oder zeitraumbezogene Beendigung der Rechtskraftwirkungen von Bescheiden vorsehen - eine Rechtsgrundlage für den Wegfall der Gestaltungswirkung der Ruhestandsversetzung (ab einem bestimmten Zeitpunkt). Entsprechendes gilt für das in Rn 33 zitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes.

51 Hieraus wiederum folgt, dass eine Berechnung der dem Revisionswerber ab dem 1. Jänner 2008, dem Tag an dem er im Falle der Aufrechterhaltung seines öffentlich-rechtlichen Aktivdienstverhältnisses kraft Gesetzes in den Ruhestand getreten wäre, zustehenden Ruhebezüge nicht in der unter (A) (b) (bb) seines Antrages genannten Weise zu erfolgen hatte. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung mit dem Vorbringen in der Revisionsbeantwortung, wonach der Revisionswerber infolge seiner Ruhestandsversetzung und der ihm dadurch eröffneten Möglichkeit, Einkommen in der Privatwirtschaft zu erzielen, verglichen mit einem gedachten Verbleib in einem öffentlich-rechtlichen Aktivdienstverhältnis als Polizist insgesamt einen Vermögensvorteil lukriert habe.

52 Demgegenüber geht aus dem vorzitierten Urteil des EuGH hervor, dass die Aufrechterhaltung der als Disziplinarstrafe verfügten Kürzung der Ruhebezüge um 25 Prozent für Zeiten ab dem 3. Dezember 2003 unter näher genannten Umständen gegen das Diskriminierungsverbot nach der sexuellen Orientierung gemäß Art. 2 RL 2000/78 verstieße.

53 Letzteres setzt voraus, dass der dem Revisionswerber infolge seiner Ruhestandsversetzung zustehende Ruhebezug seine Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2000/78 betrifft (vgl. Rn 43 des zitierten Urteiles). In diesem Zusammenhang ist es Sache des innerstaatlichen Gerichts zu prüfen, ob die dem Revisionswerber gezahlten Ruhebezüge in den Geltungsbereich von Art. 157 AEUV fallen, und insbesondere, ob diese Ruhebezüge im nationalen Recht als ein Entgelt angesehen werden, das - wie die Versorgungsbezüge, um die es in der Rechtssache ging, in der das Urteil vom 21. Jänner 2015, Rs C-529/13, Felber, (EU:C:2015:20), ergangen ist - im Rahmen eines nach Übertritt des Beamten in den Ruhestand weiter bestehenden Dienstverhältnisses fortgezahlt wird (vgl. a.a.o. Rn 47).

54 Diese dem nationalen Gericht obliegende Beurteilung ergibt, dass der in Rede stehende Ruhebezug in den Anwendungsbereich der RL 2000/78 fällt. Er entspricht exakt jenen Voraussetzungen, wie sie in Rn 23 des Urteiles C-

529/13, Felber, umschrieben sind. Die Höhe der Pension hängt von Dienstzeiten und Ruhegenussvordienstzeiten sowie den Dienstbezügen des Beamten ab. Die Pension stellt eine Geldzahlung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer als unmittelbare Folge des Beschäftigungsverhältnisses dar.

55 Weiters geht das BDG 1979 nach seiner Systematik vom komplementären Begriffspaar „Beamter des Dienststandes“ und „Beamter des Ruhestandes“ aus und umschreibt damit einen jeweils unterschiedlichen Status innerhalb eines aufrechten öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, das grundsätzlich auf Lebenszeit angelegt ist. Ein Beamter ist entweder Beamter des Dienststandes oder Beamter des Ruhestandes, er kann nicht beides gleichzeitig sein. Das Ausscheiden aus dem Dienststand bei Aufrechterhaltung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses bedeutet daher die Begründung der Eigenschaft als Beamter des Ruhestandes. Das BDG 1979 grenzt nämlich unter Verwendung anderer Begriffe den Fall der Beendigung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses klar von der Ruhestandsversetzung ab (vgl. hiezu etwa VwGH 8.11.1995, VwSlg. 14.355 A/1995). Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis (einschließlich des Ruhestandsverhältnisses) und Rechtsverhältnisse im Rahmen des Sozialversicherungswesens zählen zu grundlegend verschiedenen Rechtsgebieten (vgl. VwGH 17.8.2000, 98/12/0489).

56 Hieraus folgt, dass der Ruhebezug nach innerstaatlichem Recht als Fortzahlung eines Entgelts im Rahmen eines nach Übertritt des Beamten in den Ruhestand weiter bestehenden Dienstverhältnisses anzusehen ist. Der Umstand, dass im hier vorliegenden Fall die Ruhestandsversetzung als Folge eines Disziplinarerkenntnisses eintrat, ändert am Fortbestand des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses als Ruhestandsverhältnis nämlich nichts.

57 Der Verwaltungsgerichtshof geht - wie schon im Vorlagebeschluss vom 27. April 2017 - davon aus, dass eine vergleichbare disziplinarrechtliche Verurteilung nach dem innerstaatlichen Wirksamwerden der RL 2000/78 in Österreich nicht mehr hätte ergehen dürfen.

58 In Ermangelung (neuer) Rechtfertigungsgründe für ein unterschiedliches Schutzalter für homosexuelle Kontakte mit Erwachsenen einerseits und für heterosexuelle und lesbische Kontakte mit Erwachsenen andererseits wäre es nämlich unzulässig, auch für Zwecke des Disziplinarrechtes zwischen der Aufforderung einer mündigen minderjährigen Person zu homosexuellen Handlungen durch Erwachsene und jener zu heterosexuellen oder lesbischen Handlungen durch Erwachsene zu differenzieren. Auf einer solchen Differenzierung beruhte aber das in Rede stehende Disziplinarerkenntnis ganz ohne Zweifel, stützte es sich doch zentral auf die (damalige) gerichtliche Strafbarkeit des dem Revisionswerber angelasteten Verhaltens. Wenngleich - in Abhängigkeit von den konkreten Umständen - nicht auszuschließen gewesen wäre, dass eine vergleichbare Aufforderung zu heterosexuellen oder lesbischen Handlungen als Anstandsverletzung und damit unter Umständen auch als (damals disziplinar zu ahndende) Verletzung der Standespflichten ausgelegt worden wäre, wäre eine allfällige disziplinarrechtliche Verurteilung in Ermangelung der Verwirklichung des Tatbestandes des Verbrechens des § 129 I StG (oder eines anderen gerichtlich strafbaren Tatbestandes) ungleich milder ausgefallen.

59 Aus dieser Beurteilung folgt im Zusammenhang mit Rn 60 und 61 des Urteiles vom 15. Jänner 2019, E.B., dass eine Situation wie die aus dem Disziplinarerkenntnis vom 10. Juni 1975 resultierende, die auf einer auf die sexuelle Orientierung gestützten Ungleichbehandlung beruht, eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/78 darstellt. Die gegenteilige Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichtes ist unzutreffend.

60 Wie sich aus Rn 65 des zitierten Urteiles des Gerichtshof der Europäischen Union ergibt, verlangt in dieser Situation die Anwendung der RL ab dem Zeitpunkt des Ablaufs ihrer Umsetzungsfrist, dass ab diesem Zeitpunkt die Kürzung der Ruhebezüge des Revisionswerbers überprüft wird, um die Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung zu beenden (wobei die im Rahmen dieser Überprüfung vorzunehmende Berechnung auf der Grundlage der Ruhebezüge durchzuführen ist, die er unter Berücksichtigung seiner Versetzung in den Ruhestand ab dem 1. April 1976 Anspruch gehabt hätte). Dem vom Revisionswerber begehrten gänzlichen Entfall der Kürzung um 25 Prozent könnte - wie aus Rn 67 des zitierten Urteiles des Gerichtshofes der Europäischen Union hervorgeht - nur noch der Umstand entgegenstehen, dass eine vergleichbare Aufforderung an eine mündige Minderjährige zu heterosexuellen oder lesbischen Handlungen nicht nur als Verletzung der dem Polizeibeamten obliegenden Standespflichten ausgelegt und geahndet worden wäre, sondern darüber hinaus auch zu einer Versetzung in den Ruhestand mit - wenngleich um weniger als 25 Prozent - gekürzten Ruhebezügen geführt hätte.

61 Weder aus den Feststellungen der Disziplinarbehörden, noch aus den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichtes oder dem Vorbringen der Parteien des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht

ergeben sich auch nur entfernte Anhaltspunkte für die Rechtmäßigkeit einer gedachten Verurteilung eines Polizeibeamten für vergleichbare heterosexuelle Handlungen zu einer Disziplinarstrafe nach § 93 lit. d DP:

62 In diesem Zusammenhang geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass es auch § 24 DP einem Polizeibeamten (unabhängig von seinem Alter) nicht grundsätzlich verwehrte, außerhalb des Dienstes und außerhalb eines Autoritätsverhältnisses strafrechtlich nicht verpönte heterosexuelle Kontakte auch zu mündigen minderjährigen Personen zu suchen. Hätte sich eine solche gedachte heterosexuelle Annäherung in einer Anstandsverletzung erschöpft, so wäre sie nicht geeignet gewesen die Verhängung einer Disziplinarstrafe nach § 93 lit. d DP (auch unter Minderung der Bezüge um weniger als 25 Prozent) zu rechtfertigen. Dies zeigt sich deutlich auch darin, dass die Disziplinarkommission in ihrem Bescheid vom 10. Juni 1975 die angenommene Untragbarkeit der Aufrechterhaltung eines Aktivdienstverhältnisses ausschließlich mit der (auch die Suche nach damals gerichtlich strafbaren Kontakten mit mündigen Minderjährigen umfassenden) sexuellen Orientierung des Revisionswerbers (und deren öffentlichem Bekanntwerden) begründete.

63 Hieraus folgt, dass die Minderung der Ruhebezüge des Revisionswerbers ab dem 3. Dezember 2003 um 25 Prozent zur Gänze zu entfallen hätte.

64 An diesem Ergebnis hindert auch der in Rechtskraft erwachsene Bescheid der Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt vom 17. Juni 2009 nichts. Die hier gegenständliche Frage einer Begrenzung der Rechtskraftwirkung des am 24. März 1976 ergangenen Disziplinarerkenntnisses durch das innerstaatliche Inkrafttreten des unmittelbar anwendbaren Art. 2 RL 2000/78 mit Wirkung vom 3. Dezember 2003 wurde durch den zitierten Bescheid nämlich noch nicht mit Bindungswirkung entschieden.

65 Für den Hauptantrag auf Wiederaufnahme des Disziplinarverfahrens folgt dies schon daraus, dass es im hier vorliegenden Fall nicht um die Beseitigung der Wirkung des Disziplinarerkenntnisses für Bezugsperioden ab seiner Erlassung, also um das gänzliche Ausscheiden desselben aus dem Rechtsbestand geht, wie dies bei Bewilligung der beantragten Wiederaufnahme der Fall gewesen wäre. In Ansehung der sonstigen Anträge folgt die mangelnde Bindungswirkung daraus, dass die Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt keine meritorische (feststellende) Entscheidung auf Grund dieser Anträge getroffen hat, sondern auch sie als verfristet zurückwies. Aus der Rechtskraft eines solchen Zurückweisungsbescheides kann keine für folgende Verfahren bindende Feststellungswirkung in Ansehung der Tragweite der Rechtskraft des Disziplinarerkenntnisses vom 24. März 1976 abgeleitet werden.

66 Aus dem oben unter Rn 59 Gesagten folgt auch, dass das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Zuerkennung von Schadenersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung nicht mit der Begründung versagen durfte, eine Diskriminierung des Revisionswerbers nach der sexuellen Orientierung liege nicht vor. Eine solche ist vielmehr in der Vorenthaltung des ungekürzten Ruhebezuges für Zeiträume ab dem 3. Dezember 2003 zu erblicken.

67 Gegenteiliges ist auch - wie der Revisionswerber zutreffend ausführt - aus den Entscheidungsgründen des hg. Erkenntnisses vom 26. Jänner 2012, 2009/09/0172, nicht zu entnehmen. Dort hat der Verwaltungsgerichtshof nämlich lediglich das Vorliegen eines Verstoßes gegen Art. 2 RL 2000/78 durch Verweigerung der Wiederaufnahme des Disziplinarverfahrens verneint.

68 Aus den dargelegten Erwägungen war das angefochtene Erkenntnis - soweit es die Spruchpunkte 1. - 3. des Bescheides vom 11. Juni 2015 bestätigte - gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

69 Demgegenüber erweist sich die Revision - soweit sie sich gegen die Bestätigung des Spruchpunktes 4. des Bescheides vom 11. Juni 2015 durch das Bundesverwaltungsgericht richtet - als unzulässig:

70 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

71 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Hat das Verwaltungsgericht - wie im gegenständlichen Fall - ausgesprochen, dass die Revision nicht

gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist, hat die Revision gemäß § 28 Abs. 3 VwGG auch gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

72 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof hingegen nur im Rahmen der dafür in der Revision gesondert vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

73 Vorliegendenfalls hat sich das Bundesverwaltungsgericht in Ansehung der Bestätigung des Spruchpunktes 4. des bei ihm angefochtenen Bescheides nicht nur auf die unzutreffende Begründung gestützt, der Revisionswerber sei nicht nach der sexuellen Orientierung diskriminiert, sondern - darüber hinaus - auf die selbstständig tragende Begründung, wonach § 74 Abs. 1 AVG für die hier in Rede stehenden Kosten das Prinzip der Selbsttragung vorsehe.

74 Diese Alternativbegründung wird in der abgesonderten Zulassungsbegründung der Revision nicht angegriffen. Sie erweist sich auf Basis der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Übrigen auch als zutreffend (vgl. VwGH 4.9.2014, 2013/12/0177).

75 Insoweit sich die in der Zulassungsbegründung erhobene Rüge einer Verletzung der Verhandlungspflicht durch das Bundesverwaltungsgericht auch auf die Bestätigung des hier in Rede stehenden Spruchpunktes 4. bezieht, ist ihr entgegenzuhalten, dass die in Rede stehende Alternativbegründung vor dem Hintergrund der eben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für sich genommen lediglich eine nicht übermäßig komplexe Rechtsfrage und keine Tatsachenfragen aufwirft, sodass aus den vom Revisionswerber al

**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)