

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

22.04.2009

Geschäftszahl

2008/12/0063

Beachte**Serie (erledigt im gleichen Sinn):**

2008/12/0064 E 22. April 2009

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma, Dr. Pfiel und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Khorramdel, über die Beschwerde der Marktgemeinde M, vertreten durch Dr. Gernot Gasser und Dr. Sonja Schneeberger, Rechtsanwälte in 9900 Lienz, Beda-Weber-Gasse 1, gegen den Bescheid der Tiroler Landesregierung vom 6. Februar 2008, Zl. Ib-17260/11, betreffend Vorstellung i.A. Entfall der Bezüge für die Zeit ab 5. Mai 2007 gemäß § 13 Abs. 3 Z. 2 GehG/Tirol (mitbeteiligte Partei: Mag. MB in L, vertreten durch Dr. Robert Kerschbaumer, Rechtsanwalt in 9900 Lienz, Burghard Breitner-Straße 4), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführende Marktgemeinde hat dem Land Tirol Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60, der mitbeteiligten Partei hingegen Aufwendungen in der Höhe von EUR 594,72 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Mitbeteiligte stand im Jahr 2007 in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zur beschwerdeführenden Marktgemeinde. Er ist seit 1. August 2008 Beamter des Ruhestandes.

Mit Bescheid des Gemeinderates der beschwerdeführenden Marktgemeinde vom 28. Juni 2007 wurden die Bezüge des Mitbeteiligten ab 5. Mai 2007 bis auf weiteres eingestellt. Die Dienstbehörde der beschwerdeführenden Marktgemeinde stützte sich auf die (ihres Erachtens) auf Tiroler Gemeindebeamte anwendbare Bestimmung des § 12c Abs. 1 Z. 2 und Abs. 2 des Gehaltsgesetzes des Bundes, BGBl. Nr. 54/1956 (im Folgenden: GehG).

In der Begründung dieses Bescheides führte die Dienstbehörde aus, der Mitbeteiligte leiste seit 3. Mai 2005 wegen einer behaupteten Erkrankung keinen Dienst mehr. Allerdings hätten verschiedene, in der Zeit zwischen April 2005 und März 2007 erstellte psychiatrische Befunde und Gutachten keine beim Mitbeteiligten vorliegende psychiatrische Krankheitssymptomatik, sondern lediglich lang andauernde Anpassungsstörungen ergeben. Dies gelte insbesondere auch für ein im März 2007 übermitteltes Fachgutachten Dr. N, welches auf einem Subgutachten des Univ.- Prof. Dr. B beruhe.

Ungeachtet der von ihm behaupteten Erkrankung gehe der Mitbeteiligte aktiv einer Nebenbeschäftigung nach, welche auch mit dem Lenken eines Firmenfahrzeuges über größere Strecken (30 km) verbunden sei. Auch sei er aktiv und intensiv für die Hospizbewegung tätig, für welche er als primäre Kontaktperson agiere. Schließlich habe er im Frühjahr 2007 an Fußballspielen und Geburtstagsfeierlichkeiten teilgenommen.

Am 2. Mai 2007 habe der Mitbeteiligte eine Arbeitsunfähigkeitsbestätigung des praktischen Arztes Dr. G übermittelt, welche ihm die Arbeitsunfähigkeit ab dem genannten Zeitpunkt bescheinigt habe. Dabei habe er behauptet, er leide unter einer akuten schweren Erkrankung mit vermehrtem depressivem Kreisdenken und erhöhtem Suizidverlangen. Die Dienstbehörde habe Dr. G am 15. Mai 2007 aufgefordert, die Dauer des

Krankenstandes bekannt zu geben. Eine Stellungnahme sei nicht erfolgt. Am 3. Mai 2007 sei der Dienstbehörde überdies zur Kenntnis gekommen, dass der Mitbeteiligte am Vortag gegen 18.00 Uhr an einer Abendveranstaltung der Hospizbewegung teilgenommen habe und zu diesem Zweck mit seinem Firmen-Pkw über eine Strecke von 30 km angereist sei.

Auf Grund des geschilderten Freizeitverhaltens des Mitbeteiligten gehe die Dienstbehörde von der Unglaubwürdigkeit der Behauptung des Mitbeteiligten in der Eingabe vom 2. Mai 2007 aus, wonach er akut erkrankt sei. Dies folge auch aus den in dem genannten Bescheid angeführten Gutachten, welche allesamt nicht zur Diagnose eines krankheitswertigen Leidens gelangt seien. Vor diesem Hintergrund bestehe auch kein Anlass dafür, dass der Mitbeteiligte auf die Richtigkeit der von ihm vorgelegten ärztlichen Bescheinigung Dris. G habe vertrauen dürfen.

Der Mitbeteiligte erhob gegen diesen Bescheid Vorstellung an die belangte Behörde. Dort brachte er insbesondere vor, er habe in zahlreichen Eingaben auf seine andauernde ambulante Behandlung beim Facharzt für Psychiatrie Dr. H in L verwiesen. Er habe auch zur Abklärung seines medizinischen Zustandes, insbesondere zum Beweis dafür, dass ihm auf Grund krankheitswertigen Leidens eine Rückkehr in den Dienst unmöglich sei, die Einvernahme des zuletzt genannten Arztes beantragt.

Mit Eingabe vom 9. August 2007 legte der Mitbeteiligte der belangten Behörde ein Gutachten des oben erwähnten medizinischen Sachverständigen Dr. N vom 26. Juni 2007 vor, welches wiederum auf einem Subgutachten des Univ.-Prof. Dr. B vom 9. Juni 2007 beruhte. Die genannten Gutachten waren von der Dienstbehörde in einem gegenüber dem Mitbeteiligten geführten Ruhestandsversetzungsverfahren eingeholt worden und waren nach Maßgabe einer Einlaufstempelung am 26. Juni 2007 bei der beschwerdeführenden Marktgemeinde eingelangt.

In dem Subgutachten Univ.-Prof. Dr. B's vom 9. Juni 2007 heißt es (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof):

"ad A): Ist *der Mitbeteiligte* seit 21.11.2005 dienstunfähig/dienstfähig; warum (welche Erkrankung ?)

Ja, *der Mitbeteiligte* ist seit 21.11.2005 dienstunfähig.

Diagnose: Zykllothymie F34.0)

Narzisstische Persönlichkeitsvariante F60.8

Kollusiver Beziehungsmodus (Prof. W) an der Dienststelle,

wobei A als Dienststellenleiter und *der Mitbeteiligte* seit fast 6 Jahren keine Versuche zu klärenden Aussprachen, trotz ehemals guter, kameradschaftlicher Gesprächsbasis, unternahmen. In dieser Beziehungskollusion verhärtete sich die jeweilige Position:

Die Angabe von Befangenheit auf der einen Seite, das Erleben der Missachtung und Kränkung auf der anderen Seite.

ad B): war *der Mitbeteiligte* im Sinne seiner Stellungnahme vom 31.10.2006 'akut schwer erkrankt' und dienstunfähig?

In seiner Stellungnahme vom 31.10.2006 bezieht sich *der Mitbeteiligte* auf seine psychische Gesamtsituation im Sinne einer Exacerbation einer längerdauernden Anpassungsstörung.

ad C): Ist *der Mitbeteiligte* nach wie vor (auch zum Zeitpunkt der Untersuchung) erkrankt und dienstunfähig?

Weder die prämorbidie Persönlichkeit *des Mitbeteiligten*, noch die Haltung der Dienststelle hat sich in den letzten 6 Jahren verändert. Es gab keinerlei Versuche der Aussprache, der Moderation oder eines Einlenkens auf einer der beiden Seiten. Daher ist vom Weiterbestand der kollusiven Beziehungsstörung auszugehen.

Dies bedeutet aber auch die Fortsetzung der sozialen Anpassungsstörung mit dem dann bestehenden narzisstisch-paranoiden Erleben und den psychopathologischen Konsequenzen von Depression und Dysphorie.

ad D): Nachdem *der Mitbeteiligte* seit 03.05.2005 (seit nunmehr nahezu 2 Jahren!) keinen Dienst mehr in der Marktgemeinde M versehen hat, kann auch das von ihm behauptete (und von der Marktgemeinde M bestrittene) 'Mobbing' nicht mehr vorgefallen sein. Wie lässt sich erklären, dass wenn Erkrankung und Dienstunfähigkeit Ihrerseits bejaht werden, obwohl über eigene Angabe *des Mitbeteiligten* seit über 5 Jahren (!) kein Kontakt insbesondere zu Bürgermeister A stattgefunden hat - nach wie vor keine Gesundung eingetreten ist und wie *der Mitbeteiligte* trotzdem ein Unternehmen führen bzw. unternehmerisch tätig sein kann ('offensichtlich gesund genug, ein Unternehmen im harten, privatwirtschaftlichen Wettbewerb zu führen und zu leiten, nicht aber gesund genug, um Bürodienst als Beamter zu versehen?")?

Diese Frage zeigt den Problembereich der kollusiven Beziehungsstörung deutlich auf. Nicht der Anblick von A, sondern die fehlende Aussprache sind Anlass für die kollusive Beziehungsstörung, die durch diese Nicht-Kommunikation auch nicht entlastet werden kann. *Der Mitbeteiligte* hat immer wieder zu Verstehen gegeben, dass diese Verhaltensweisen die Gefühle von Ohnmacht, Empörung und Depressivität auslösen.

ad E): In Ihrem Gutachten vom 16.02.2006 führten Sie aus, dass aus psychiatrischer Seite festzuhalten war, dass *beim Mitbeteiligten* derzeit (16.02.2006) kein psychiatrisches Krankheitsgeschehen vorliege und somit kein

Grund für eine Ruhestandsversetzung gegeben war. Nunmehr schlagen Sie Ruhestandsversetzung vor. Welche Umstände haben sich seit der letzten Begutachtung geändert?

Außerhalb des kollusiven Beziehungsfeldes der Dienststelle gibt und gab es in den letzten 6 Jahren keinen Anlass für neuerliche Exacerbationen der Anpassungsstörung.

Die prämorbidie Vulnerabilität bedingt durch die Zylothymie und die narzisstische Persönlichkeitsvariante erlauben durch lange Zeiträume ein psychopathologisch unauffälliges Leben, und somit Gesundheit.

Die nun ausgesprochene Empfehlung einer Ruhestandsversetzung bezieht sich auf die Erfahrungstatsache einer seit nunmehr 6- jährigen ungelösten und somit wahrscheinlich auch weiterhin unlösbaren Beziehungskollusion an der Dienststelle.

Zusammenfassung

Die Empfehlung zur Ruhestandsversetzung aus psychiatrischpsychotherapeutischer Indikation wird aufrechterhalten."

In seiner Stellungnahme vom 26. Juni 2007 schloss sich Dr. N der Auffassung Univ.-Prof. Dris. B an.

Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 6. Februar 2008 wurde der Vorstellung des Mitbeteiligten Folge gegeben, der dienstbehördliche Bescheid vom 28. Juni 2007 aufgehoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die beschwerdeführende Marktgemeinde zurückverwiesen (Spruchpunkt 1.). Ein vom Mitbeteiligte neben seinem Vorstellungsbegehren gestellter Antrag auf Wiederaufnahme des dienstbehördlichen Verfahrens wurde zurückgewiesen (Spruchpunkt 2. des angefochtenen Bescheides).

Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges Folgendes aus:

"Das Gutachten von Dr. N vom 26.06.2007 und dem von diesem beigezogenen Subgutachter Dr. B vom 09.06.2007 langte am 26.07.2007 (*richtig wohl: 26.06.2007*) bei der Marktgemeinde M ein. Der Beschluss über die Einstellung der Bezüge des Vorstellungswerbers wurde in der Sitzung des Gemeinderates der Gemeinde M vom 27.06.2007 einstimmig gefasst. Die Bescheidausfertigung erfolgte am 29.06.2007.

Ungeachtet der angeführten Argumente, die vom Berufungswerber und Berufungsgegner für und wieder eine gerechtfertigte oder nicht gerechtfertigte Abwesenheit vom Dienst vorgebracht wurden, hat der Gemeinderat in seiner Entscheidung vom 27.06.2007, schriftlich mit Bescheid ausgefertigt am 28.06.2007, die laut Eingangsstempel am 26.06.2007 in der Marktgemeinde M eingetroffenen Gutachten von Dr. N vom 26.06.2007 und Dr. B vom 09.06.2007 nicht entsprechend in seine Entscheidung miteinbezogen. Aus dem Gutachten von Dr. B vom 09.06.2007 geht hervor, dass *der Mitbeteiligte* seit 21.11.2005 für dienstunfähig befunden wird. Dieses Gutachten, welches der Behörde jedenfalls vor Beschlussfassung und Bescheiderlassung zur Kenntnis gelangte, stellt eine neues Beweismittel dar, das für die Entscheidung relevant ist und welches von der Behörde bei der Erlassung des Bescheides von Amts wegen zu berücksichtigen gewesen wäre.

Die Behörde hätte daher in ihre Entscheidung die Würdigung dieses neuen Beweismittels einbeziehen müssen und darüber hinaus *dem Mitbeteiligten* Parteiengehör zu den entscheidungsrelevanten Beweisergebnissen gewähren müssen. In diesem Zusammenhang ist auch die Ermöglichung der Erbringung eines Gegenbeweises zu erwähnen, indem es den Parteien unter Setzung einer angemessenen Frist frei zu stehen hat, ein Gegengutachten auf gleicher fachlicher Ebene einzuholen und so die vorhandenen GA von Dr. N vom 26.06.2007 und Dr. B (09.06.2007) zu entkräften.

Eine Bezugseinstellung gemäß § 13 Abs. 3 Zif. 2 des Gehaltsgesetzes 1956 mit der Begründung des Nichtvorliegen eines ausreichenden Entschuldigungsgrundes, kann jedenfalls seit der Vorlage des Gutachtens von Dr. B am 26.06.2007, in welchem *der Mitbeteiligte* seit 21.11.2005 für dienstunfähig befunden wird, zumindest ohne entsprechende Beweismittel und rechtliche Beurteilung nicht verfügt werden.

Weiters kann eine Bezugseinstellung mit der Begründung einer ungerechtfertigten Abwesenheit vom Dienst wegen Nichtvorlage einer ärztlichen Bescheinigung wegen der *vom Mitbeteiligten* am 02.05.2007 vorgelegten ärztlichen Bestätigung bezüglich Arbeitsunfähigkeit durch Dr. G nicht argumentiert werden. Sollte die Dienstbehörde diese aktuelle ärztliche Krankmeldung eines praktischen Arztes ob der ihr vorliegenden GA von Dr. B vom 12.02.2007 und Dr. N vom 02.03.2007 in Zweifel ziehen, indem sie es zur zuverlässigen Beurteilung erforderlich sieht, Fachärzte heranzuziehen, so ist *der Mitbeteiligte* entsprechend § 25a Abs. 2 GBG zu einer neuerlichen Untersuchung durch einen Facharzt aufzufordern und entsprechend Gegenbeweis zu führen.

Die Behörde hat jedenfalls durch das Nichteinbeziehen des zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides vorliegenden Beweismittels (Gutachten von Dr. N vom 26.06.2007 und dem von diesem beigezogenen Subgutachter Dr. B vom 09.06.2007) einen Verfahrensfehler begangen und wird im fortgesetzten Verfahren entsprechend dem vorliegenden Gutachten dieses durch den Versuch eines Gegenbeweises zu entkräften haben, will sie ihre Argumentation der Dienstfähigkeit *des Mitbeteiligten* aufrecht erhalten. Im fortgesetzten Verfahren wird weiters dem Beweisantrag *des Mitbeteiligten* nachzugehen und der, nach Angaben *des Mitbeteiligten* ihn von Anfang an und andauernd behandelnde, Psychiater Dr. H einzuvernehmen sein, (welcher nach § 54 Ärztesgesetz 1998 von der Verschwiegenheitsverpflichtung entbunden ist), um die Frage zu ergründen, inwieweit sich der Vorstellungswerber einer zumutbaren Krankenbehandlung unterzogen hat."

Erkennbar nur gegen den ersten Spruchpunkt des angefochtenen Bescheides richtet sich die vorliegende Beschwerde. Die Beschwerdevertreter berufen sich auf eine ihnen durch S, dem Vizebürgermeister der beschwerdeführenden Marktgemeinde, in Vertretung des Bürgermeisters "gemäß § 31 (3) Tiroler Gemeindeordnung 2001" erteilte Vollmacht.

Die beschwerdeführende Marktgemeinde macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, ihn aus diesen Gründen aufzuheben.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt. Der Mitbeteiligte erstattete gleichfalls eine Gegenschrift, in welcher er primär die Zurückweisung der Beschwerde mangels Beschwerdelegitimation der Gemeinde und mangels wirksamer Bevollmächtigung der einschreitenden Beschwerdevertreter durch diese, hilfsweise die Abweisung der Beschwerde als unbegründet begehrt.

Über telefonische Aufforderung des Berichters legten die Beschwerdevertreter eine u.a. vom Vizebürgermeister der beschwerdeführenden Marktgemeinde unterfertigte Vollmacht vom 19. März 2008 vor und bestritt die vom Mitbeteiligten erhobene Behauptung, letzterer sei ebenso befangen gewesen wie der Bürgermeister selbst.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß Art. 119a Abs. 9 B-VG hat die Gemeinde im aufsichtsbehördlichen Verfahren Parteistellung; sie ist berechtigt, gegen die Aufsichtsbehörde u.a. vor dem Verwaltungsgerichtshof Beschwerde zu führen.

§ 31 Abs. 3 und § 55 Abs. 1 und Abs. 4 der Tiroler Gemeindeordnung 2001, LGBL. Nr. 36 (im Folgenden: TGO;

Stammfassung), lauten:

"§ 31

Aufgaben des Gemeindevorstandes

...

(3) Der (die) Bürgermeister-Stellvertreter und die weiteren Mitglieder des Gemeindevorstandes haben den Bürgermeister zu vertreten und zu unterstützen. Die Vertretung des verhinderten Bürgermeisters obliegt dem Bürgermeister-Stellvertreter bzw. den Bürgermeister-Stellvertretern der Reihe nach, bei deren Verhinderung den weiteren Mitgliedern des Gemeindevorstandes in der Reihenfolge ihres Lebensalters.

...

§ 55

Vertretung der Gemeinde nach außen

(1) Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde nach außen.

...

(4) Rechtsgeschäfte und sonstige Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, bedürfen der Schriftform, sofern nicht wegen der Geringfügigkeit oder der Art der Angelegenheit die mündliche Form üblich ist. Schriftstücke sind vom Bürgermeister zu unterfertigen. Liegt der Willensbildung ein Beschluss eines Gemeindeorganes zu Grunde, so ist darauf Bezug zu nehmen. In diesen Fällen ist das Schriftstück vom Bürgermeister und von je zwei Mitgliedern des betreffenden Gemeindeorganes zu unterfertigen."

Im Zeitraum zwischen dem 5. Mai 2007 und der Erlassung des dienstbehördlichen Bescheides stand § 30 des Tiroler Gemeindebeamtengesetzes 1970, LGBL. Nr. 9 (im Folgenden: GBG), in der Fassung des Landesgesetzes LGBL. Nr. 55/2002 in Kraft und ordnete an, dass für die Besoldungsansprüche der Gemeindebeamten - soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist - die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften für Landesbeamte gelten.

§ 2 lit. c des Tiroler Landesbeamtengesetzes 1998, LGBL. Nr. 65 (Stammfassung nach der Wiederverlautbarungskundmachung), lautet:

"§ 2

Anwendung bundesgesetzlicher Vorschriften

Auf das Dienstverhältnis der Landesbeamten finden folgende bundesgesetzliche Vorschriften sinngemäß Anwendung, wenn nichts anderes bestimmt ist:

...

c) 1. das Gehaltsgesetz 1956, BGBl. Nr. 54, in der Fassung des Gesetzes BGBl. Nr. 677/1978 mit Ausnahme des § 83 sowie mit folgenden Abweichungen:

§ 13 Abs. 3 Z. 2 GehG in der Fassung nach dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 677/1978, des entsprechenden Absatzes nach dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 318/1977, lautete:

"(3) Die Bezüge entfallen

...

2. wenn der Beamte eigenmächtig länger als drei Tage

dem Dienst fernbleibt, ohne einen ausreichenden Entschuldigungsgrund nachzuweisen, für die Gesamtdauer der ungerechtfertigten Abwesenheit vom Dienst."

Durch Art. 2 Z. 5 des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 87/2002 erhielt § 13 Abs. 3 GehG die neue Bezeichnung § 12c Abs. 1. Diese Bestimmung wurde jedoch durch das Tiroler Landesrecht nicht rezipiert.

§ 25 GBG in der Fassung des Landesgesetzes LGBl. Nr. 2/2003

lautet:

"§ 25

Abwesenheit vom Dienst

(1) Der Beamte, der vom Dienst abwesend ist, ohne vom Dienst befreit oder enthoben zu sein, hat den Grund seiner Abwesenheit unverzüglich seinem Vorgesetzten zu melden und seine Abwesenheit zu rechtfertigen.

(2) Ist der Beamte durch Krankheit, Unfall oder Gebrechen an der Ausübung seines Dienstes verhindert, so hat er seinem Vorgesetzten eine ärztliche Bescheinigung über den Beginn der Krankheit und nach Möglichkeit über die voraussichtliche Dauer der Dienstverhinderung vorzulegen, wenn er dem Dienst länger als drei Arbeitstage fernbleibt oder der Vorgesetzte oder der Leiter der Dienststelle es verlangt. Kommt der Beamte dieser Verpflichtung nicht nach, entzieht er sich einer zumutbaren Krankenbehandlung oder verweigert er die zumutbare Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung, so gilt die Abwesenheit vom Dienst nicht als gerechtfertigt."

I. Zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Der Mitbeteiligte zieht die Beschwerdelegitimation der beschwerdeführenden Gemeinde in Zweifel und vertritt die Auffassung, die vorliegende Beschwerde wäre vom Gemeinderat, welcher ja die mit Vorstellung angefochtene Entscheidung erlassen hatte, zu erheben gewesen.

Mit diesem Vorbringen verkennt der Mitbeteiligte den klaren Wortlaut des Art. 119a Abs. 9 B-VG, wonach der *Gemeinde* Parteistellung im aufsichtsbehördlichen Verfahren und Beschwerdelegitimation vor dem Verwaltungsgerichtshof zukommt. Gemeindebeschwerden nach Art. 119a Abs. 9 B-VG sind somit als Parteibescherden, mit denen eine Verletzung des subjektiven Rechtes auf Selbstverwaltung geltend gemacht wird, anzusehen (vgl. den hg. Beschluss vom 25. Jänner 1991, Zl. 89/17/0111).

Weiters meint der Mitbeteiligte, die Bevollmächtigung der Beschwerdevertreter könne - auf Basis des Beschwerdevorbringens - nicht wirksam erfolgt sein, weil nicht nur der Bürgermeister der beschwerdeführenden Marktgemeinde, sondern auch der die Vollmacht erteilt habende Vizebürgermeister derselben in Angelegenheiten des Mitbeteiligten befangen sei. Eine Vollmachtserteilung hätte daher wirksam nur durch das älteste Mitglied des Gemeindevorstandes erfolgen dürfen, wie dies auch in Ansehung zweier näher genannter verwaltungsgerichtlicher Verfahren geschehen sei.

Dem ist jedoch Folgendes zu entgegen:

Unstrittig ist, dass der Bürgermeister der beschwerdeführenden Partei (zur unbeschränkten Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters siehe das zu § 55 TGO ergangene hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2007, Zl. 2003/12/0194) vorliegendenfalls (infolge Befangenheit) verhindert war und sich deshalb der Vertretung der Gemeinde durch Erteilung der Vollmacht enthalten hat. Damit trat aber die Situation gemäß § 31 Abs. 3 erster Fall TGO ein, wonach die Vertretung des verhinderten Bürgermeisters dem Bürgermeister-Stellvertreter obliegt. Enthält sich dieser - sei es auch rechtswidrigerweise - nicht infolge Befangenheit der Führung der Amtsgeschäfte, so liegt kein Verhinderungsfall des Bürgermeister-Stellvertreters vor, welcher die Vertretungsbefugnis des ältesten Gemeindevorstandsmitglieds auslösen würde. Die durch den Vizebürgermeister erfolgte Vollmachtserteilung trotz allenfalls vorliegender Befangenheit führte nicht zur Unwirksamkeit der erteilten Vollmacht. Aus diesen Erwägungen ist auch die Vertretungsbefugnis der Beschwerdevertreter gegeben.

II. Zur inhaltlichen Berechtigung der Beschwerde:

Die beschwerdeführende Marktgemeinde wendet sich zunächst gegen die ihr im Vorstellungsbescheid überbundene Rechtsauffassung, die Dienstbehörde hätte sich mit den im Ruhestandsversetzungsverfahren erstatteten, am 26. Juni 2007 eingelangten Gutachten auch im angefochtenen Bescheid auseinander zu setzen gehabt. Sie vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, es stehe ihr frei, Ergebnisse aus anderen Verfahren in ihre Beweiswürdigung miteinzubeziehen, sie sei hiezu aber rechtlich nicht verpflichtet.

Mit diesem Vorbringen verkennt die beschwerdeführende Marktgemeinde freilich die Rechtslage. Gemäß § 39 Abs. 2 AVG ist der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln. Gemäß § 1 Abs. 1 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 DVG hat die Behörde im Dienstrechtsverfahren die zum Vorteil und Nachteil der Partei dienenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu berücksichtigen. Hieraus folgt, dass der Gemeinderat der beschwerdeführenden Marktgemeinde sehr wohl auf Beweisergebnisse Rücksicht zu nehmen verpflichtet war, die ihm aus einem anderen Verfahren (hier aus dem Ruhestandsversetzungsverfahren) bekannt waren (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2001, Zl. 98/12/0139 = VwSlg. 15.742 A, sowie in diesem Zusammenhang auch zur Verpflichtung der Behörde, im Zurechnungsverfahren nach § 9 Abs. 1 des Pensionsgesetzes des Bundes idF vor BGBl. I Nr. 87/2001 medizinische Gutachten, die im Ruhestandsversetzungsverfahren erstattet wurden, zu berücksichtigen und die dort festgestellten Leidenszustände in ihre Überlegungen miteinzubeziehen, das hg. Erkenntnis vom 24. September 1997, Zl. 96/12/0076, sowie allgemein die Verpflichtung der Behörde zur Berücksichtigung von Amtswissen das hg. Erkenntnis vom 20. Oktober 1999, Zl. 98/01/0552).

Insoweit die beschwerdeführende Marktgemeinde sich in diesem Zusammenhang auf das bereits zitierte hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2001 beruft und meint, ein "Ergebnis" des Ruhestandsversetzungsverfahrens sei noch nicht vorgelegen, verkennt sie die Aussagen des zitierten Erkenntnisses. Mit den auch nach Maßgabe dieses Erkenntnisses sehr wohl zu berücksichtigenden "Ergebnissen" sind nicht abschließend gewürdigte Beweismittel bzw. rechtskräftige Entscheidungen des Ruhestandsversetzungsverfahrens gemeint, sondern eben für das Verfahren zur Einstellung der Bezüge relevante Beweisergebnisse aus dem erstgenannten Verfahren.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber darüber hinaus auch noch darauf, dass - mangels einer dem § 41 Abs. 1 VwGG entsprechenden Regelung in der Tiroler Gemeindeordnung 2001 (§ 120) - im Vorstellungsverfahren kein Neuerungsverbot gilt (vgl. zur insofern vergleichbaren Oberösterreichischen Gemeindeordnung das hg. Erkenntnis vom 27. April 1995, Zl. 93/17/0131, oder das zum Villacher Stadtrecht ergangene hg. Erkenntnis vom 12. Dezember 2008, Zl. 2004/12/0122). Die belangte Behörde wäre daher auch dann verpflichtet gewesen, die vom Mitbeteiligten im Vorstellungsverfahren als Beweismittel auch im Verfahren betreffend Einstellung seiner Bezüge vorgelegten Gutachten zu berücksichtigen, wenn deren amtswegige Berücksichtigung im dienstbehördlichen Verfahren noch nicht möglich bzw. als in einem (anderen) Verfahren erlangtes Beweismittel nicht geboten gewesen wäre.

Zutreffend ist das Beschwerdevorbringen, wonach die Würdigung von Beweisergebnissen in anderen Verfahren für eine Behörde nicht bindend ist. Eine gegenteilige Rechtsansicht wurde der beschwerdeführenden Marktgemeinde aber durch den angefochtenen Bescheid auch nicht überbunden, beruhte die Annahme einer Mangelhaftigkeit des gemeindebehördlichen Verfahrens doch lediglich darauf, dass sich die Dienstbehörde überhaupt nicht mit den in Rede stehenden Beweisergebnissen auseinander gesetzt hat.

Schließlich versagt auch der in der Beschwerde erstattete Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 30. Juni 1992, Zl. 89/07/0005. Nach Maßgabe des dort geprägten Rechtssatzes liege es im Wesen der freien Beweiswürdigung, dass weitere *Beweisanträge* nicht mehr berücksichtigt werden müssten, wenn die Behörde sich auf Grund der bisher vorliegenden Beweise ein klares Bild über die maßgebenden Sachverhaltelemente machen konnte. Ganz abgesehen davon, dass dieser Rechtssatz im Hinblick auf das Verbot vorgegreifender Beweiswürdigung (vgl. hiezu unter vielen etwa das hg. Erkenntnis vom 17. Juli 2008, Zl. 2007/21/0232) wohl nur in besonderen Ausnahmefällen, in denen Beweisanträge geradezu mutwillig erscheinen, zum Tragen kommen könnte, ist er vorliegendenfalls schon deshalb bedeutungslos, weil er sich auf Beweisanträge, nicht jedoch auf bereits vorliegende Beweisergebnisse bezieht.

Insoweit die beschwerdeführende Marktgemeinde meint, sie hätte das vorliegende Gutachten Dris. B deshalb nicht in ihre Überlegungen einzubeziehen gehabt, weil dieses "mangelhaft" bzw. "untauglich" sei, ist ihr Folgendes zu entgegnen:

Es mag zutreffen, dass - wie die beschwerdeführende Marktgemeinde argumentiert - die im Ruhestandsversetzungsverfahren zu beurteilende Frage der Dienstfähigkeit letztendlich eine Rechtsfrage darstellt, die nicht der ärztliche Sachverständige, sondern die Dienstbehörde zu entscheiden hat. Dessen ungeachtet ist es aber Aufgabe des ärztlichen Sachverständigen, an der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes mitzuwirken, indem er in Anwendung seiner Sachkenntnisse Feststellungen über den Gesundheitszustand des Beamten trifft und die Auswirkungen bestimmt, die sich aus festgestellten Leiden oder Gebrechen auf die Erfüllung dienstlicher Aufgaben ergeben (vgl. hiezu etwa das zu § 12 Abs. 1 LDG 1984 ergangene hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2007, Zl. 2004/12/0116). Gleiches gilt auch für die hier von der Dienstbehörde zu beurteilende Frage, ob die vom Mitbeteiligten ins Treffen geführten Leidenszustände einen "ausreichenden Entschuldigungsgrund" im Verständnis des § 13 Abs. 3 Z. 2 GehG/Tir darstellen.

Damit ist aber keinesfalls gesagt, dass sich die Dienstbehörde bei der Beurteilung dieser Rechtsfragen über ärztliche Gutachten zum Gesundheitszustand bzw. zur psychischen Verfassung eines Beamten und deren Auswirkungen auf die Fähigkeit (Zumutbarkeit) zur Dienstleistung einfach hinwegsetzen dürfte (vgl. hiezu auch das hg. Erkenntnis vom 28. April 2008, Zl. 2007/12/0102). Darüber, dass die genannten Gutachten zumindestens abstrakt geeignet waren, einen Rechtfertigungsgrund für die Abwesenheit des Mitbeteiligten vom Dienst im hier strittigen Zeitraum, sei es auf Grund einer krankheitswertigen gesundheitlichen Störung, sei es auf Grund einer

psychischen Verfassung, die die Dienstleistung unzumutbar erscheinen lässt, darzutun, kann wohl kein Zweifel bestehen. Die Dienstbehörde hätte daher die Ergebnisse dieses Gutachtens in ihre Überlegungen miteinzubeziehen gehabt, wie die Vorstellungsbehörde frei von Rechtsirrtum erkannte, zumal sich aus den genannten Gutachten auch Anhaltspunkte dafür ergeben, wonach das von der Dienstbehörde ins Treffen geführte Freizeitverhalten des Mitbeteiligten auch im Falle seiner Dienstunfähigkeit möglich (erklärlich) war.

Schließlich rügt die beschwerdeführende Marktgemeinde, dass es die belangte Behörde unterlassen habe, die in Rede stehenden Gutachten selbst zu würdigen. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass im Falle unvollständiger Ermittlungen der Gemeindebehörden es der Vorstellungsbehörde frei steht, entweder diesen die erforderlichen ergänzenden Sachverhaltsermittlungen (und die daraus resultierende Beweiswürdigung) aufzutragen oder die fehlenden Feststellungen auf Grund eigener Ermittlungen selbst zu treffen. Die Vorstellungsbehörde ist also nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt, ein allenfalls mit Mängeln behaftetes Ermittlungsverfahren der Gemeindebehörden zu ergänzen und die vorgekommenen Mängel zu beseitigen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 21. September 2007, Zl. 2006/05/0239, und vom 31. März 2008, Zl. 2004/17/0210). Die belangte Behörde war daher zur eigenständigen abschließenden Würdigung der zuletzt genannten Gutachten nicht verpflichtet.

Die beschwerdeführende Marktgemeinde wendet sich weiters gegen die Ausführungen im Vorstellungsbescheid, wonach die Dienstbehörde auch verpflichtet gewesen wäre, dem Mitbeteiligten zu den erwähnten Beweisergebnissen Gehör zu gewähren. Das in diesem Zusammenhang von der Beschwerde gebrauchte Argument, frühere Gutachten der genannten Gutachter seien dem Mitbeteiligten zur Kenntnis gebracht worden, ist untauglich, die auf § 45 Abs. 3 AVG gestützte Annahme der belangten Behörde zu entkräften, geht es doch um den gebotenen Vorhalt anderer Beweisergebnisse, nämlich der zuletzt erstatteten Gutachten.

Freilich ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass das Erfordernis zur Gewährung von rechtlichem Gehör nur dann besteht, wenn die der Dienstbehörde vorbehaltene Würdigung der genannten Beweisergebnisse ergibt, dass diese vom bisherigen Vorbringen des Mitbeteiligten abweichen (vgl. hiezu § 8 Abs. 2 DVG). Nur in diesem Sinne können aber die diesbezüglichen Ausführungen der Vorstellungsbehörde bei verständiger Würdigung ausgelegt werden, ist doch dort davon die Rede, dass das rechtliche Gehör zur (allfälligen) Widerlegung dieser Beweisergebnisse dienlich sei. Insoweit die Dienstbehörde also zum Ergebnis kommen sollte, die in Rede stehenden Gutachten belegten den Standpunkt des Mitbeteiligten, könnte die Gewährung rechtlichen Gehörs hiezu auch unterbleiben.

Schließlich wendet sich die beschwerdeführende Marktgemeinde gegen die Rechtsansicht der Vorstellungsbehörde, es sei auch Dr. H einzuvernehmen. Die beschwerdeführende Marktgemeinde behauptet in diesem Zusammenhang, ein diesbezüglicher Beweis Antrag sei vom Mitbeteiligten im dienstbehördlichen Verfahren nicht gestellt worden.

Diese Frage kann dahingestellt bleiben; aus dem - wie oben dargelegt - nicht dem Neuerungsverbot unterliegenden, oben wiedergegebenen diesbezüglichen Vorbringen des Mitbeteiligten in seiner Vorstellung geht klar hervor, dass er eine Einvernahme Dr. H anstrebt. Der Auftrag an die Dienstbehörde, im (nach Aufhebung) fortgesetzten gemeindebehördlichen Verfahren auch diesen Beweis aufzunehmen, verletzt die beschwerdeführende Marktgemeinde daher nicht in Rechten.

Aus diesen Erwägungen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere deren § 3 Abs. 2. Für die auch das hg. Verfahren zur Zl. 2008/12/0064 betreffende gemeinsam erstattete Gegenschrift stand der belangten Behörde - wie von ihr auch begehrt - Ersatz des vollen Schriftsatzaufwandes in beiden Verfahren zu (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation das hg. Erkenntnis vom 28. Februar 1997, Zl. 95/19/0566). Dem Mitbeteiligten waren Kosten nur im Rahmen des gestellten Begehrens (also die Hälfte des für beide Verfahren gemeinsam angesprochenen Betrages) zuzusprechen.

Wien, am 22. April 2009