

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

29.01.2014

Geschäftszahl

2012/12/0152

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok, die Hofräte Dr. Zens, Dr. Thoma und Dr. Pfiel sowie die Hofrätin Mag. Rehak als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des Mag. Dr. EN in K, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 2. Oktober 2012, Zl. LAD2-P-1721290/121-2012, betreffend Entfall der Bezüge, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Land Niederösterreich Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Niederösterreich.

Im Zusammenhang mit einem "Krankenstand" des Beschwerdeführers ordnete die belangte Behörde am 20. Oktober 2010 dessen Untersuchung durch die Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie Dr. F an.

Dieser Untersuchung unterzog er sich, worauf die Sachverständige am 8. November 2010 ein neurologischpsychiatrisches (Zwischen-)Gutachten erstellte, in welchem sie zum Ergebnis gelangte, von neurologischer Seite bestünde keine Einschränkung des Leistungskalküls. Demgegenüber sei von psychiatrischer Seite eine testpsychologische Untersuchung bei der Klinischen- und Gesundheitspsychologin Mag. S erforderlich. Nach Einlangen des Hilfsbefundes werde Dr. F das (endgültige) Gutachten umgehend erstellen.

Nach Einlangen dieses (Zwischen-)Gutachtens richtete die belangte Behörde am 26. November 2010 an den Beschwerdeführer ein Schreiben, in welchem dieser gemäß § 36 der Dienstpragmatik der Landesbeamten 1972, LGBl. 2200 (im Folgenden: DPL 1972), "eingeladen" werde, sich einer testpsychologischen Untersuchung bei Mag. S zu unterziehen und zu diesem Zweck telefonisch einen Untersuchungstermin zu vereinbaren.

In einem Schreiben vom 16. Dezember 2010 vertrat der Beschwerdeführer zum einen, dass das Schreiben vom 26. November 2010 eine Weisung darstelle, welche jedoch rechtswidrig sei, zumal es sich bei der Psychologin Mag. S nicht um eine Ärztin handle. § 36 DPL 1972 verpflichte ihn jedoch ausschließlich zur Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung. Er sehe sich daher außerstande, der nicht im Gesetz gedeckten Aufforderung Folge zu leisten und ersuche gegebenenfalls um Konkretisierung im Sinne des § 27 DPL 1972.

Am 27. Dezember 2010 richtete die belangte Behörde sodann an den Beschwerdeführer folgendes Schreiben:

"Nach der fachärztlichen Untersuchung am 8. November 2010 durch Dr. F, FA für Neurologie und Psychiatrie, wurde von dieser als Hilfsbefund eine testpsychologische Untersuchung bei Frau Mag. S angefordert.

Daher laden wir Sie gemäß § 36 der Dienstpragmatik der Landesbeamten 1972 ein, sich am **Montag, dem 10. Jänner 2011, 13.00 Uhr**, dieser testpsychologischen Untersuchung bei Frau Mag. S, ..., zu unterziehen."

Hierauf reagierte der Beschwerdeführer am 30. Dezember 2010 mit folgendem Schreiben:

"Ihr Schreiben, wonach Sie mich gem. § 36 DPL 1972 zu einer testpsychologischen Untersuchung am 10. Jänner 2011 um 13 Uhr zu Frau Mag. S nach P einladen, habe ich erhalten, muss Ihnen jedoch mitteilen, diese nicht wahrnehmen zu können, da dieser Termin mit einem Behandlungstermin, den ich vor geraumer Zeit

schon vereinbart habe, kollidiert und der sich auch nicht ohne Nachteile für meinen gesundheitlichen Zustand verschieben lässt.

Im Übrigen sind mir jene Untersuchungsergebnisse Dris. F, die Sie im o.a. Schreiben anführen und um die ich Sie schon mehrfach (am 11.11., 2.12. und 16.12.) gebeten habe, immer noch nicht zugegangen, weshalb ich Sie neuerlich darum ersuche."

Die belangte Behörde lud den Beschwerdeführer daraufhin mit Schreiben vom 10. Jänner 2011 neuerlich unter Bezugnahme auf die Untersuchung vom 8. November 2010 und unter Hinweis auf § 36 DPL 1972 ein, sich am 17. Jänner 2011, 14.30 Uhr, am 24. Jänner 2011, 13.00 Uhr, oder am 31. Jänner 2011, 10.00 Uhr, je nach seiner Wahl der testpsychologischen Untersuchung zu unterziehen. Der gewählte Termin möge der Psychologin bekannt gegeben werden.

Daraufhin reagierte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 14. Jänner 2011, in welchem er darauf hinwies, dass die in dem Schreiben genannten Termine allesamt auf Montage fielen. Gerade aber an diesem Wochentag habe der Beschwerdeführer für die nächste Zeit schon einen Behandlungszyklus langfristig vereinbart, welchen er nicht, ohne gesundheitliche Risiken einzugehen, verschieben könne. Termine an einem Mittwoch wären durchaus geeignet.

Mit Schreiben vom 2. Februar 2011 lud die belangte Behörde den Beschwerdeführer sodann ein, sich am 16. Februar 2011 um

9.15 Uhr oder am 23. Februar 2011 um 9.15 Uhr, je nach seiner Wahl der testpsychologischen Untersuchung zu unterziehen.

Eine wirksame Zustellung dieses Schreibens an den Beschwerdeführer war nicht nachweisbar.

Mit Dienstrechtsmandat vom 26. Mai 2011 stellte die belangte Behörde fest, dass der Beschwerdeführer jedenfalls seit 18. April 2011 ungerechtfertigt vom Dienst abwesend sei.

Diese Beurteilung begründete die belangte Behörde im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer seit dem genannten Termin einer Nebenbeschäftigung nachgehe.

Der Beschwerdeführer erhob gegen dieses Dienstrechtsmandat anwaltlich vertreten Vorstellung, worauf rechtzeitig ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde.

In einem Vorhalt der belangten Behörde an den Beschwerdeführer vom 10. August 2011 heißt es (auszugsweise) wie folgt:

"Wie bereits ausgeführt, wurde Ihr Mandant mit Schreiben vom 27. Dezember 2010 aufgefordert, sich an einem vorgegebenen Termin (10.1.2011, 13:00 Uhr) einer testpsychologischen Untersuchung bei Frau Mag. S zu unterziehen. Mit Schreiben vom 30.12.2010 teilte uns Ihr Mandant, wie nun auch in der Stellungnahme neuerlich betont wurde, mit, dass er diesen Untersuchungstermin wegen Kollision mit einem vereinbarten Behandlungstermin nicht wahrnehmen könne.

In diesem Zusammenhang ergeht die Aufforderung

- mitzuteilen, wann der Behandlungstermin vereinbart wurde
- eine Bestätigung des behandelnden Arztes über Tag, Uhrzeit, Dauer sowie Art dieser Behandlung vorzulegen"

Hierauf nahm der Beschwerdeführer wie folgt Stellung:

"Betreffend die Terminkollision mit der testpsychologischen Untersuchung bei Frau Mag. S wird mitgeteilt, dass mein Mandant aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung bereits Anfang / Mitte Dezember fortlaufende Termine mit einer Psychotherapeutin, nämlich Frau W, vereinbarte. Diese Terminvereinbarungen erfolgten nach Zuweisungen des behandelnden Arztes Dr. K und aufgrund Ihrer schriftlichen Empfehlung in Folge des Gutachtens von Dr. X (Eine solche Empfehlung fand sich im Übrigen auch in jenen Schreiben, in dem Sie meinem Mandanten das Gutachten Dris X übermittelten). In dem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass es grundsätzlich schwierig war und ist, Termine für Psychotherapien zu bekommen. Die Wartezeit dafür beträgt im Schnitt 6 Monate und länger. Terminverschiebungen sind kurzfristig nicht möglich. Wenn ein Patient zu einem Termin nicht erscheinen kann, kann dieser nicht kurzfristig nachgeholt werden. Gerade bei der Psychotherapie ist eine fortlaufende und ununterbrochene Behandlung notwendig, weil nur unter dieser Voraussetzung ein Therapieerfolg möglich ist.

Zum Nachweis für die Therapietermine übermittle ich Ihnen in der Beilage eine Abrechnungsbestätigung der BVA, aus der sich die Termine ergeben.

Weitere schriftliche Unterlagen liegen dafür nicht vor. Mein Mandant wäre jedoch jederzeit bereit, Frau W von ihrer Verschwiegenheit zu entbinden, soweit dies Terminvereinbarungen angeht, sodass die Angaben meines Mandanten auch auf diesem Wege überprüft werden könnten. In dem Zusammenhang möchte ich nochmals darauf hinweisen, dass mein Mandant Terminvorschläge zu keinem Zeitpunkt kategorisch abgelehnt hat, sondern lediglich ersucht hat, an Stelle eines Montags einen Mittwoch vereinbaren zu können."

Am 19. September 2011 ersuchte die belangte Behörde die Psychotherapeutin W, bekanntzugeben, *wo und zu welcher Uhrzeit* am 10. Jänner 2011, am 17. Jänner 2011, am 24. Jänner 2011 und am 31. Jänner 2011 die Therapien mit dem Beschwerdeführer durchgeführt worden seien, wann diese Termine mit ihm vereinbart worden seien, ob es zutreffe, dass eine Verschiebung dieser Termine unmöglich gewesen sei und welche therapeutischen Konsequenzen mit einem Entfall dieser Termine verbunden gewesen seien.

Hierauf antwortete W am 30. September 2011 wie folgt:

"In Ihrem Schreiben vom 19.9.2011 teilten Sie mir mit, dass *der Beschwerdeführer* mich von der Verschwiegenheit entbunden hat, soweit es Fragen zur **Terminvereinbarung** bezüglich der Termine 10.1.2011, 17.1.2011, 24.1.2011 sowie 31.1.2011 betrifft.

Diesbezüglich kann ich wie folgt bestätigen:

Die o.g. Termine wurden langfristig bereits Anfang Dezember des Vorjahres vereinbart. Die Behandlung erfolgte, neben weiteren Terminen, an den von Ihnen angegebenen Tagen (jeweils Montag). Eventuelle Terminänderungen sind aufgrund meiner begrenzten Kapazitäten, die eine längerfristige Planung nötig machen, generell nicht möglich."

Die belangte Behörde richtete daraufhin an den Rechtsanwalt des Beschwerdeführers am 7. Oktober 2011 ein E-Mail mit folgendem Inhalt:

"Wie soeben telefonisch besprochen, darf ich Ihnen Kopien unserer Anfrage an die Therapeutin *des Beschwerdeführers*, Fr. W, sowie deren Rückmeldung übermitteln. Wie Sie sehen, wurden unsere 4 Fragen nicht oder nur teilweise beantwortet.

Insbesondere die Frage von Tageszeit und Ort der Therapie ist zur Untermauerung der Angaben Ihres Mandanten im Verfahren von zentraler Bedeutung, blieb jedoch völlig unbeantwortet.

Ev. könnten Sie, wie besprochen, die Entbindung von Fr. W entsprechend den Wünschen Ihres Mandanten konkretisieren und Fr. W zur ergänzenden Beantwortung der offenen Fragen einladen.

Sofern eine schriftliche Ergänzung zu erwarten ist, darf ich um kurze Rückmeldung für meinen Terminvormerk ersuchen.

Sofern keine Ergänzung durch Fr. W erfolgen wird, möchte ich Sie bitten, mir einige aus Ihrer Sicht mögliche Termine für eine dann unausweichliche mündliche Verhandlung vorzuschlagen, um Ihnen und Ihrem Mandanten zumindest bei deren Anberaumung terminlich möglichst entgegen kommen zu können."

In einem Schreiben vom 25. Oktober 2011 teilte der Vertreter des Beschwerdeführers mit, die Beantwortung der Fragen der belangten Behörde zur Terminvereinbarung durch W sei im Hinblick auf die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht "zu erwarten".

Mit Note vom 22. Dezember 2011 hielt die belangte Behörde dem Beschwerdeführer Folgendes vor:

"Ihr Mandant, *Beschwerdeführer*, wurde mit Schreiben vom 27. Dezember 2010 aufgefordert, sich am 10.1.2011, 13:00 Uhr, einer testpsychologischen Untersuchung bei Frau Mag. S zu unterziehen, die zur Erstattung eines fachärztlichen Gutachtens erforderlich war. Mit Schreiben vom 30.12.2010 teilte uns Ihr Mandant mit, dass er dieses Schreiben erhalten habe jedoch diesen Untersuchungstermin wegen Kollision mit einem vereinbarten Behandlungstermin nicht wahrnehmen könne.

Die Dienstbehörde hat danach mehrfach dazu aufgefordert, Nachweise für diese Terminkollision vorzulegen. Ebenso wurde die namhaft gemachte Therapeutin, Frau W, eingeladen die Angaben Ihres Mandanten zu bestätigen. Letztlich wurde auch mit Ihrem Schreiben vom 25.10.2011 neuerlich in Aussicht gestellt, dass entsprechende Unterlagen von Frau W vorgelegt werden. Obschon die Dienstbehörde neuerlich 2 Monate zugewartet hat, wurden keinerlei Unterlagen vorgelegt, die die Angaben Ihres Mandanten stützen könnten.

Es ist daher nicht davon auszugehen, dass Ihr Mandant aus Gründen einer Terminkollision mit einem Therapietermin bei Frau W den vorgeschriebenen Untersuchungstermin am 10.1.2011 nicht hätte wahrnehmen können oder dass eine Verschiebung dieses Termins unzumutbar gewesen wäre oder negative therapeutische Folgen gezeitigt hätte."

Innerhalb der für die Beantwortung dieses Vorhaltes gesetzten zweiwöchigen Frist beantragte der Beschwerdeführer eine Fristerstreckung um weitere 14 Tage unter Hinweis auf die Weihnachtsfeiertage.

Mit Bescheid vom 11. Jänner 2012 hob die belangte Behörde das Dienstrechtsmandat vom 26. Mai 2011 auf und stellte fest, dass der Beschwerdeführer vom 11. Jänner 2011 bis 7. Juni 2011 ungerechtfertigt vom Dienst abwesend gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtete sich die zur hg. Zl. 2012/12/0032 protokollierte Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof.

Mit dem hg. Erkenntnis vom 4. September 2012, Zl. 2012/12/0032, wurde der angefochtene Bescheid dahingehend abgeändert, dass das Dienstrechtsmandat vom 26. Mai 2011 ersatzlos aufgehoben werde.

Begründend führte der Verwaltungsgerichtshof tragend aus, dass eine abgesonderte Feststellung einer ungerechtfertigten Abwesenheit des Beamten vom Dienst unzulässig sei. Die Frage der ungerechtfertigten Abwesenheit sei in einem Verfahren zur Feststellung des Entfalls der Bezüge zu klären.

Ohne weitere Verfahrensschritte erließ die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid vom 2. Oktober 2012, mit welchem sie gemäß § 31 DPL 1972 feststellte, dass der Beschwerdeführer den Anspruch auf Bezüge und Nebengebühren vom 11. Jänner 2011 bis zum 7. Juni 2011 verloren hat, "da er in diesem Zeitraum die zumutbare Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung verweigert hat und seine Abwesenheit als nicht gerechtfertigt galt".

In der Begründung dieses Bescheides wird der Verfahrensgang wie folgt geschildert:

"Der Beschwerdeführer wurde mit Schreiben vom 27. Dezember 2010 aufgefordert, sich am 10.1.2011, 13:00 Uhr, einer testpsychologischen Untersuchung bei Frau Mag. S zu unterziehen. Diese war entsprechend dem neurologischen Sachverständigengutachten von Dr. F vom 8.11.2010 zu Erstattung eines abschließenden psychiatrischen Gutachtens als Hilfsbefund erforderlich. Mit Schreiben vom 30.12.2010 teilte der Beschwerdeführer mit, dass er dieses Schreiben erhalten habe, jedoch diesen Untersuchungstermin wegen Kollision mit einem vereinbarten Behandlungstermin nicht wahrnehmen könne.

Die Dienstbehörde hat danach mehrfach schriftlich dazu aufgefordert, Nachweise für diese Terminkollision vorzulegen. Ebenso wurde die namhaft gemachte Therapeutin Frau W eingeladen, die Angaben des Beschwerdeführers zu bestätigen. Letztlich wurde auch der rechtsfreundliche Vertreter nochmals per Email darauf aufmerksam gemacht, dass die mehrfach angekündigten Nachweise nach wie vor nicht eingelangt sind. Mit Schreiben vom 25.10.2011 wurde durch den rechtsfreundlichen Vertreter neuerlich in Aussicht gestellt, dass entsprechende Unterlagen von Frau W vorgelegt werden. Obschon die Dienstbehörde neuerlich 2 Monate zugewartet hat, wurden wiederum keinerlei Unterlagen vorgelegt, die die Angaben des Beschwerdeführers stützen könnten, dass zwingende Gründe ihm die Untersuchung am 10.1.2011 unzumutbar gemacht hätten.

Es war daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die zumutbare Mitwirkung an einer vorgeschriebenen ärztlichen Untersuchung im Rahmen einer testpsychologischen Untersuchung bei Frau Mag. S am 10.1.2011, die zur Erstattung des fachärztlichen Gutachtens erforderlich war, verweigert hat.

Der vorgeschriebenen Untersuchung hat sich der Beschwerdeführer schließlich erst am 8.6.2011 bei Frau Mag. S unterzogen.

Auf Basis dieses Befundes wurde schließlich das abschließende Gutachten von Dr. F erstattet, das dem Beschwerdeführer Dienstfähigkeit bescheinigte. Diesem Gutachten wurde bislang auch nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegen getreten.

Dieses Ergebnis des Ermittlungsverfahrens wurde dem rechtsfreundlichen Vertreter des Beschwerdeführers zur allfälligen Stellungnahme innerhalb einer Frist von 2 Wochen zugeleitet. Innerhalb der gesetzten Frist wurde keine Stellungnahme abgegeben. Der ermittelte Sachverhalt war daher so dem Bescheid der Dienstbehörde vom 11. Jänner 2012 zugrunde zu legen. Mit diesem Bescheid hob die Dienstbehörde das Dienstrechtsmandat vom 26. Mai 2011 auf und stellte fest, dass der Beschwerdeführer vom 11. Jänner 2011 bis zum 7. Juni 2011 ungerechtfertigt vom Dienst abwesend war."

In rechtlicher Hinsicht beurteilte die belangte Behörde den Sachverhalt wie folgt:

"Aufgrund des abgeschlossenen Ermittlungsverfahrens steht fest, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 11. Jänner 2011 bis zum 7. Juni 2011 die zumutbare Mitwirkung an der vorgeschriebenen ärztlichen Untersuchung durch Dr. F verweigert hat, indem er die dafür erforderliche und schriftlich angeordnete testpsychologische Untersuchung bei Frau Mag. S am 10.1.2011 verweigert hat. Die Abwesenheit des Beschwerdeführers in diesem Zeitraum galt daher als nicht gerechtfertigt.

Ein Erholungsurlaub im Sinne des § 31 Abs. 4 zweiter Satz DPL 1972 konnte nicht gewährt werden, da die Abwesenheit für den ganzen fraglichen Zeitraum vom Beschwerdeführer durch Krankheit gerechtfertigt wurde (siehe Mandatsbescheid vom 25. Mai 2011, 2. Absatz), zumal für den Zeitraum eines Krankenstandes gemäß § 41 Abs. 4 DPL 1972 kein Erholungsurlaub gewährt werden darf beziehungsweise ein bereits gewährter Urlaub durch einen Krankenstand unterbrochen werden würde.

Da der Beschwerdeführer demnach in der Zeit vom 11. Jänner 2011 bis zum 7. Juni 2011 ungerechtfertigt vom Dienst abwesend war und für diesen Zeitraum, weder ganz noch zum Teil, ein Erholungsurlaub durch den Dienststellenleiter weder genehmigt wurde, noch genehmigt werden konnte, verliert er gemäß § 31 Abs. 4 DPL 1972 für diese Zeit den Anspruch auf seine Bezüge und Nebengebühren.

Es war daher von der Dienstbehörde aufgrund dieser Ermittlungsergebnisse und in Umsetzung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes im ersten Rechtsgang vom 4. September 2012, Zl. 2012/12/0032, wie im Spruch ersichtlich, zu entscheiden."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, den angefochtenen Bescheid im Sinne einer Feststellung der uneingeschränkten Gebührllichkeit besoldungsrechtlicher Ansprüche im genannten

Zeitraum abzuändern; hilfsweise wird die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften beantragt.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Beschwerdeführer erstattete eine Replik zur Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Das gegenständliche Beschwerdeverfahren war am 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängig; die Beschwerdefrist ist vor diesem Zeitpunkt abgelaufen. Aus dem Grunde des § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG waren auf dieses Verfahren daher die am 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen anzuwenden. Dies gilt - gemäß § 3 Z. 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF der Verordnung BGBl. II Nr. 8/2014 - auch für die VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die folgenden Zitate des VwGG in dieser Entscheidung beziehen sich auf dessen am 31. Dezember 2013 in Kraft gestandene Fassung.

§ 27 DPL 1972 in der Fassung dieser Bestimmung nach dem Landesgesetz LGBL. 2200-17 lautet:

"§ 27

Dienstgehorsam

Der Beamte ist an die Weisungen der Vorgesetzten gebunden und diesen für seine amtliche Tätigkeit verantwortlich. Er kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn sie von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder ihre Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde. Eine Weisung ist auf Verlangen des Beamten schriftlich zu erteilen. Geschieht dies nicht, gilt die Weisung als zurückgezogen."

§ 31 Abs. 1, 2 und 4 DPL 1972 in seiner im Zeitraum zwischen 11. Jänner 2011 und 7. Juni 2011 in Kraft gestandenen Fassung nach dem Landesgesetz LGBL. 2200-60 lautete (auszugsweise):

"§ 31

Abwesenheit vom Dienst

(1) Ist der Beamte am Dienst verhindert, so hat er dies dem Dienststellenleiter sobald als möglich unter Angabe des Grundes anzuzeigen.

(2) Ist die Dienstverhinderung durch Krankheit verursacht, so hat der Beamte dies durch ein ärztliches Zeugnis nachzuweisen, wenn es die Dienstbehörde verlangt oder wenn die Dienstverhinderung länger als drei Tage dauert. Der Beamte hat dafür vorzusorgen, daß seine Dienstverhinderung überprüft werden kann. Kommt der Beamte diesen Verpflichtungen 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.

...

(4) Hat eine ungerechtfertigte Abwesenheit vom Dienst länger als einen Tag gedauert oder ..., so verliert er für diese Zeit den Anspruch auf seine Bezüge. ..."

§ 36 DPL 1972 in der Fassung des Landesgesetzes LGBL. 2200-60

lautet:

"§ 36

Ärztliche Untersuchung

(1) Bestehen berechnete Zweifel an der für die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben erforderlichen gesundheitlichen Eignung des Beamten, so hat sich dieser auf Anordnung der Dienstbehörde einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

(2) Der infolge Krankheit, Unfalls oder Gebrechens vom Dienst abwesende Beamte hat sich auf Anordnung der Dienstbehörde einer ärztlichen Untersuchung zur Prüfung seines Gesundheitszustandes zu unterziehen. Wenn es zur zuverlässigen Beurteilung erforderlich ist, sind Fachärzte heranzuziehen. Eine Anordnung im Sinne des ersten Satzes ist spätestens drei Monate nach Beginn der Abwesenheit vom Dienst und sodann in entsprechenden Abständen zu erteilen."

Festzuhalten ist, dass der letzte Halbsatz des Spruches des angefochtenen Bescheides keine (neuerlichen, über jene des Entfalls der Bezüge hinausgehenden unzulässigen) der Rechtskraft fähigen Feststellungen enthält. Vielmehr handelt es sich dabei um unzweckmäßiger Weise in den Spruch gezogene Begründungselemente, die nicht in Rechtskraft zu erwachsen vermögen.

Die hier maßgebliche Bestimmung des § 31 Abs. 2 letzter Satz DPL 1972 entspricht dem § 51 Abs. 2 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333.

Zur Auslegung der erstgenannten Norm kann somit auch auf die Rechtsprechung zur zweitgenannten Norm zurückgegriffen werden. Zur Auslegung der zuletzt genannten Bestimmung wird gemäß § 43 Abs. 2 zweiter

Satz VwGG zunächst auf das hg. Erkenntnis vom 29. März 2012, Zl. 2011/12/0095, verwiesen. Demnach liegt eine Verweigerung der zumutbaren Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung dann vor, wenn eine solche ärztliche Untersuchung von der Behörde wirksam angeordnet wurde und dem Beamten die Mitwirkung an der ärztlichen Untersuchung - mangels hinreichenden Entschuldigungsgrundes - objektiv zumutbar gewesen ist. Dem Beamten unterlaufene diesbezügliche Fehleinschätzungen hindern den Eintritt der gesetzlichen Vermutung nach § 51 Abs. 2 letzter Satz BDG 1979 bzw. nach § 31 Abs. 2 letzter Satz DPL 1972 nicht.

Wie sich weiters aus den Entscheidungsgründen dieses Erkenntnisses ergibt, wird durch die in Rede stehende Gesetzesbestimmung eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung (Fiktion) begründet. Vor diesem Hintergrund kommt es auf die Frage, ob die Abwesenheit des Beamten vom Dienst objektiv aus gesundheitlichen Gründen gerechtfertigt war, nicht an. Das umfangreiche, zu diesem Thema erstattete Vorbringen in der Beschwerde und in der Replik zur Gegenschrift geht daher schon aus diesem Grund ins Leere.

Zu prüfen war somit zunächst, ob die Aufforderung der belangten Behörde vom 27. Dezember 2010 die wirksame Anordnung einer ärztlichen Untersuchung darstellte.

Dies wird auch in der Beschwerde mit dem Hinweis darauf bestritten, dass es sich bei der angeordneten testpsychologischen Untersuchung nicht um eine *ärztliche Untersuchung* gehandelt habe. Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass die Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie Dr. F in ihrem Gutachten vom 8. November 2010 die Einholung eines Hilfsbefundes durch die Psychologin Mag. S für erforderlich gehalten hat, um die psychiatrische Seite der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers abzuklären. Bei der von Dr. F solcherart eingeforderten psychologischen Untersuchung handelte es sich somit um eine durch ein Hilfsorgan der Sachverständigen vorgenommene weitere Befundaufnahme, welche einen Teil der "ärztlichen Untersuchung" durch die Fachärztin Dr. F darstellte. Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang mit umfangreichem Vorbringen einwendet, dass die in Rede stehende Befundaufnahme zur Erstellung des Gutachtens Dris. F nicht erforderlich gewesen sei, so ist ihm die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entgegenzuhalten, wonach es Sache des Sachverständigen ist, festzulegen, welche Befunde zur Erstellung seines Gutachtens erforderlich sind. Dabei hat er sich zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes jener Hilfsmittel zu bedienen, die seine Wissenschaft entwickelt hat, um ein verlässliches Gutachten abgeben zu können. Die vom Sachverständigen bei der Aufnahme des Befundes anzuwendende Methode unterliegt nicht der Disposition der Parteien des Verwaltungsverfahrens, sondern hängt ausschließlich von objektiven fachlichen Gesichtspunkten ab (vgl. hierzu die bei *Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze 12 E. 148 und 149 zu § 52 AVG wiedergegebene Rechtsprechung). Der diesbezüglichen Einschätzung der Sachverständigen ist der Beschwerdeführer im Zuge des Verwaltungsverfahrens nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten.

Im Übrigen gilt, dass die Anordnung einer ärztlichen Untersuchung nach § 51 Abs. 2 letzter Satz BDG 1979 - und daher ebenso jene nach § 31 Abs. 2 letzter Satz DPL 1972 - in Form einer Weisung zu erfolgen hat (vgl. hierzu etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Februar 2003, Zl. 2002/12/0122). Nur die Frage, ob eine "willkürliche", nämlich qualifiziert fehlerhafte Weisung, die zu ihrer Rechtsunwirksamkeit führt und daher auch nicht zu befolgen ist, vorlag, hat die Dienstbehörde auch in jenem dienst- oder besoldungsrechtlichen Verfahren zu prüfen und zu beurteilen, dessen Gegenstand die Entscheidung über eine aus dem Verstoß gegen eine solche Weisung abgeleitete Rechtsfolge (hier über die in § 31 Abs. 4 DPL 1972 vorgesehene) ist. Hingegen ist die Frage, ob eine rechtswirksam ergangene Weisung rechtmäßig ist, in einem solchen Verfahren nicht zu prüfen, weil auch eine (schlicht) gesetzwidrige Weisung zu befolgen ist und daher die nach dem Gesetz daran geknüpften Folgen auslöst (vgl. hierzu das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2001, Zl. 98/12/0139).

In diesem Zusammenhang bezweifelt der Beschwerdeführer zunächst, dass es sich bei dem Schreiben vom 27. Dezember 2010 überhaupt um eine Weisung der belangten Behörde gehandelt habe, zumal dieses Schreiben als "Einladung" formuliert und daher nicht normativ sei.

Dem ist freilich zunächst zu entgegen, dass der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 16. Dezember 2010 das entsprechend formulierte Schreiben der belangten Behörde vom 26. November 2010 sehr wohl als Weisung ausgelegt hat, was auch der belangten Behörde bekannt war. Vor diesem Hintergrund spricht die Verwendung einer entsprechenden Formulierung im Schreiben vom 27. Dezember 2010 sehr wohl für den Willen der belangten Behörde, damit eine Weisung zu erlassen.

Hinzu kommt noch die Bezugnahme in dem genannten Schreiben auf § 36 DPL 1972, dessen Absatz 1 von einer "Anordnung der Dienstbehörde" an den Beamten, sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, spricht. Die Zitierung dieser Bestimmung spricht dafür, dass die belangte Behörde auch eine solche Anordnung erlassen wollte.

Hilfsweise vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, sein Schreiben vom 30. Dezember 2010 stelle eine "Remonstration" gegen diese Weisung dar, wodurch diese in Ermangelung ihrer schriftlichen Wiederholung außer Kraft getreten sei.

Diesem Vorbringen ist jedoch entgegenzuhalten, dass § 27 DPL 1972 keine der Remonstration im Verständnis des § 44 Abs. 3 BDG 1979 entsprechende Regelung enthält. Nach der erstgenannten Gesetzesbestimmung wird die Weisung nur dann gegenstandslos, wenn der Beamte (ausdrücklich) das

Verlangen nach einer schriftlichen Erteilung einer Weisung stellt und dem nicht entsprochen wird. Ein solches Verlangen hat der Beschwerdeführer in Ansehung der Weisung vom 27. Dezember 2010 aber nicht gestellt.

Weiters vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, die in Rede stehende Weisung sei durch jene vom 10. Jänner 2011 aufgehoben worden. Dies gelte umso mehr deshalb, weil ihm auch die Therapie bei W von der belangten Behörde zu einem früheren Zeitpunkt in Weisungsform aufgetragen worden sei. Die Weisung vom 10. Jänner 2011 sei somit dahingehend zu verstehen, dass der Normenwiderspruch zwischen der Weisung zur Teilnahme an der Therapie und der Weisung zur Teilnahme an der Untersuchung zu Gunsten des Vorranges der erstgenannten Weisung gelöst worden sei.

Dem ist Folgendes zu erwidern:

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach die Teilnahme an der von W durchgeführten Therapie auf einer Weisung der belangten Behörde beruhte. Ein Widerspruch zur Weisung vom 27. Dezember 2010 setzte zunächst das Vorliegen einer Terminkollision (siehe dazu später) voraus. Selbst wenn eine solche aber vorläge, hätte die Weisung vom 27. Dezember 2010 einer früheren Weisung betreffend den Therapiebesuch derogiert.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag auch der Auffassung des Beschwerdeführers nicht beizutreten, wonach die Weisung vom 10. Jänner 2011 jener vom 27. Dezember 2010 derogiert hätte. Ganz abgesehen davon, dass es zweifelhaft erscheint, ob die Weisung vom 10. Jänner 2011 den Beschwerdeführer überhaupt vor dem für 10. Jänner 2011, 13.00 Uhr, angesetzten Untersuchungstermin bei Mag. S erreicht hat, enthält die Weisung vom 10. Jänner 2011 keine Anordnung, wonach hiedurch jene vom 27. Dezember 2010 obsolet würde. Gegen eine Derogation spricht schließlich die Formulierung

"laden wir Sie neuerlich ... ein". Auch ist die in der Beschwerde

vertretene Auffassung unzutreffend, wonach eine neuerliche Vorladung mit dem Eintritt der Fiktion des § 31 Abs. 2 letzter Satz DPL 1972 unvereinbar wäre, zumal im Hinblick auf diese Fiktion ein weiteres Interesse des Dienstgebers an einer Begutachtung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers gar nicht mehr bestünde. Dieser Argumentation ist nämlich entgegenzuhalten, dass der Dienstgeber dem Beamten durch eine neuerliche Anordnung einer Teilnahme an der Untersuchung die Gelegenheit eröffnet seine Weigerung an der Mitwirkung an der ärztlichen Untersuchung zu beenden. Zum anderen bestehen auch über die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit einer Abwesenheit eines Beamten vom Dienst hinausgehende Interessen des Dienstgebers an der Abklärung seines Gesundheitszustandes, insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob ein Ruhestandsversetzungsverfahren einzuleiten ist. An der Klärung derartiger Umstände besteht aber losgelöst vom Eintritt der gesetzlichen Fiktion des § 31 Abs. 2 letzter Satz DPL 1972 ein legitimes Interesse des Dienstgebers.

Ebenso wenig zeigt die Beschwerde eine - zur Unwirksamkeit der Weisung vom 27. Dezember 2010 führende - "Willkür" der belangten Behörde im Zusammenhang mit ihrer Erteilung auf. Wie oben ausgeführt, beruhte die in Rede stehende Weisung auf den Ausführungen der Sachverständigen Dr. F, wonach zur psychiatrischen Abklärung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers die in Rede stehende psychologische Untersuchung bei Mag. S erforderlich sei. Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Grobprüfung der Weisung auf "Willkür" ist der belangten Behörde nicht entgegenzutreten, wenn sie auf Grund dieser von der Sachverständigen Dr. F vorgenommenen, vom Beschwerdeführer auch nicht in Zweifel gezogenen Beurteilung (der Beschwerdeführer hat lediglich behauptet, es handle sich nicht um eine ärztliche Untersuchung) den Untersuchungstermin ohne weiteres Verfahren angeordnet hat. Die in der Beschwerde vertretene Auffassung, die Behörde habe aus Anlass der Erteilung der Weisung zur Mitwirkung an der Aufnahme eines Hilfsbefundes dem Beamten detailliert zu erklären, was Gegenstand des Hilfsbefundes sein werde und aus welchen Gründen der Sachverständige diesen Hilfsbefund zu seiner Gutachtenserstellung benötige, ist jedenfalls nicht so offenkundig richtig, dass eine solche Vorgangsweise zur Vermeidung von "Willkür" geboten wäre.

Auch kann der Beschwerdeführer sich nicht auf eine Unzumutbarkeit zu dem genannten Untersuchungstermin auch nur zu erscheinen mit dem Argument berufen, die Untersuchung, der er sich tatsächlich erst am 8. Juni 2011 unterzogen habe, habe von ihrem Inhalt her seine Menschenwürde verletzt, wobei die Psychologin insoweit eigenmächtig vorgegangen sei.

Die Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung nach § 32 Abs. 2 DPL 1972 hat jedenfalls so weit zu erfolgen als dies dem Beamten zumutbar ist. Dazu gehört es vorerst zum Untersuchungstermin jedenfalls zu erscheinen und an der Untersuchung - soweit zumutbar - mitzuwirken. Vor diesem Hintergrund hätte der Beschwerdeführer - mangels ausreichender Entschuldigung (siehe hiezu später) - am 10. Jänner 2011 zum Termin bei Mag. S jedenfalls zu erscheinen gehabt. Hätte sich im Zuge der psychologischen Untersuchung herausgestellt, dass die Beantwortung bestimmter Fragen bzw. die Dauer der Testung seine Menschenwürde verletzt, so hätte er insoweit die (weitere) Mitwirkung an der Untersuchung mangels Zumutbarkeit verweigern können. Das vom Beschwerdeführer hier bereits verweigerte bloße Erscheinen zur psychologischen Untersuchung wäre ihm aber jedenfalls zumutbar gewesen.

In Ansehung der von ihm ins Treffen geführten Therapietermine bei W rügt der Beschwerdeführer, dass es die belangte Behörde verabsäumt habe, auf das Schreiben der W vom 30. September 2011 im angefochtenen

Bescheid einzugehen. Eine Auseinandersetzung der Behörde mit diesem Schreiben hätte zum Ergebnis geführt, dass die von ihm behauptete Terminkollision tatsächlich vorgelegen sei.

Dem ist entgegenzuhalten, dass der angefochtene Bescheid dieses in den Verwaltungsakten enthaltene Schreiben zwar nicht explizit erwähnt, wohl aber auf die e-mail der Dienstbehörde vom 7. Oktober 2011 und auf ihre im Verwaltungsverfahren getätigten Vorhalte (vom 10. August und vom 22. Dezember 2011) Bezug nahm und damit (gerade noch) zu erkennen gab, dass die belangte Behörde das in Rede stehende Schreiben deshalb nicht als hinreichenden Nachweis für die vom Beschwerdeführer behauptete Terminkollision ansah, weil (u.a.) die Frage von Tageszeit und Ort der Therapie bei W unbeantwortet blieb.

Dieser Beurteilung schließt sich der Verwaltungsgerichtshof an. Allein aus dem diese Angaben vermissen lassenden Schreiben der Therapeutin ist eine die Teilnahme am Untersuchungstermin unzumutbar machende "Terminkollision" noch nicht ableitbar.

Der Beschwerdeführer hat zu der von der belangten Behörde zu Recht für erforderlich gehaltenen Frage des exakten Termins und der Dauer der Therapie bei W im Verwaltungsverfahren kein konkretes Vorbringen erstattet, obwohl ihm der diesbezügliche Standpunkt der Behörde klar erkennbar sein musste. Auch wenn es - was hier dahinstehen kann - dessen ungeachtet - wie in der Replik zur Gegenschrift gerügt - angebracht gewesen wäre, die Psychologin W diesbezüglich (allenfalls auch in der in dem genannten e-mail angekündigten mündlichen Verhandlung) zu diesem Thema näher zu befragen, zeigt der Beschwerdeführer mit seinem Vorbringen vor dem Verwaltungsgerichtshof die Relevanz dieses gerügten Mangels des Ermittlungsverfahrens nicht auf:

So wie schon während des gesamten Verwaltungsverfahrens erstattete der Beschwerdeführer nämlich auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zur Dartuung der Relevanz dieses gerügten Verfahrensmangels kein Vorbringen betreffend die zeitliche Lagerung und die Dauer der am 10. Jänner 2011 absolvierten Therapie bei W. Zu einem solchen Vorbringen hätte sich der Beschwerdeführer (in seiner Replik zur Gegenschrift) aber insbesondere deshalb veranlasst sehen müssen, weil die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift ausdrücklich auf das Fehlen diesbezüglicher Angaben in dem schon in der Beschwerde erwähnten Schreiben der W hingewiesen hat.

Die Dartuung eines relevanten Verfahrensmangels ist dem Beschwerdeführer daher nicht gelungen.

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

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG.

Wien, am 29. Jänner 2014