

## Gericht

Verwaltungsgerichtshof

## Entscheidungsdatum

29.03.2012

## Geschäftszahl

2011/12/0095

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Zens und Dr. Thoma sowie die Hofrätinnen Mag. Nussbaumer-Hinterauer und Mag. Rehak als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde des M S in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des beim Vorstand der Österreichischen Post Aktiengesellschaft eingerichteten Personalamtes vom 10. Mai 2011, Zl. PM/PRB- 590929/09-A04, betreffend Entfall der Bezüge nach § 12c GehG, zu Recht erkannt:

## Spruch

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

Der Beschwerdeführer hat dem Bund 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 Bund und ist der Österreichischen Post Aktiengesellschaft zur Dienstleistung zugewiesen, wo er zumindest in den Monaten September und Oktober 2008 im Rahmen seiner Verwendung im Karriere- und Entwicklungszentrum Wien zeitweise in der Vorsortierung der Zustellbasis 1100 Wien verwendet wurde. Weiters ist unbestritten, dass er im Oktober 2008 bis einschließlich 21. d.M. vom Dienst abwesend war.

Nachdem der Beschwerdeführer im Dezember 2008 nur einen Teil seiner Bezüge ausbezahlt erhalten hatte, beantragte er - rechtsfreundlich vertreten - in seinem Schriftsatz vom 4. Dezember 2008, bescheidmäßig über seinen Anspruch auf Bezüge in den Monaten September und Oktober 2008 abzusprechen. In einem weiteren Schriftsatz vom 9. Oktober 2009 beantragte er den Übergang der Zuständigkeit zur Entscheidung über seinen Antrag vom 4. Dezember 2008 auf die belangte Behörde. Er nahm in beiden Schriftsätzen zusammengefasst den Standpunkt ein, in den Monaten September und Oktober 2008 wegen Krankheit vom Dienst abwesend gewesen zu sein.

Nach erstmaliger Einräumung von Gehör mit Erledigung vom 18. Februar 2010 und Stellungnahmen des Rechtsfreundes des Beschwerdeführers vom 16. März und 30. Juni 2010 räumte die belangte Behörde schließlich in einer weiteren Erledigung vom 8. März 2011 Gehör zu folgenden "Ermittlungsergebnissen" ein:

### **"I) Krankheitsbedingte Dienstabwesenheit in der Zeit vom 09. bis 21. September 2008**

Die Devolutionsbehörde geht nach Durchführung weiterer Ermittlungen hinsichtlich dieses Zeitraumes von einer gerechtfertigten Abwesenheit vom Dienst aus.

### **II) Krankheitsbedingte Dienstabwesenheit in der Zeit vom 09. bis 21. Oktober 2008**

Sie blieben verfahrensgegenständlich jedenfalls am Donnerstag, dem 09. Oktober, dem Dienst ungerechtfertigt fern und traten - bei einer ungerechtfertigten Dienstabwesenheit von 9 (Arbeits)Tagen - nach 13 Kalendertagen am Mittwoch, dem 22. Oktober, Ihren Dienst wieder an.

### **Ihr Bezug Oktober 2008 unter Berücksichtigung der Kürzung:**

|                     |            |
|---------------------|------------|
| verk. Grundbezug:   | 963,99 EUR |
| verk. SZ 4. Quart.  | 727,72 EUR |
| verk. BSZ (Aufw.)   | 5,49 EUR   |
| verk. BSZ (Erschw.) | 30,37 EUR  |

Die Devolutionsbehörde geht von folgendem Sachverhalt aus:

Sie waren in den Monaten September und Oktober 2008 Bediensteter des KEC Wien und wurden zu dieser Zeit temporär in der Vorsortierung der Zustellbasis W eingesetzt. Auf Grund mehrerer, länger währender Krankenstände wurden Sie für 29. September 2008 zu einer anstaltsärztlichen Untersuchung zwecks Überprüfung Ihrer Dienstfähigkeit, Abklärung Ihrer Einsatzmöglichkeiten im Vorsortierdienst bzw. Zustelldienst bzw. fachlichen Hilfsdienst sowie zur Feststellung Ihrer Restarbeitsfähigkeit vorgeladen.

Die hier erfolgte Beurteilung ergab, dass Sie für den Vorsortierdienst geeignet sind. Sie wurden daher im Auftrag der Dienstbehörde für 30. September 2008 zum Dienstantritt aufgefordert.

Sie traten Ihren Dienst am 30. September 2008 nicht an, sondern meldeten sich krank und legten eine durch Ihren Hausarzt Dr. H. ausgestellte Krankenbestätigung mit der Diagnose 'Lumbalgie - physikalische Therapie' vor.

Beweis: Ärztliche Bescheinigung von Dr. H. H. vom 30. September 2008, Beilage 1)

Da Zweifel an der Notwendigkeit eines durchgehenden Krankenstandes mit der Diagnose Lumbalgie bestanden, wurden Sie für 06. Oktober 2008, 10:00 Uhr, neuerlich zum Anstaltsarzt vorgeladen.

Beweis: Mit RSa Brief übermitteltes Schreiben der Österreichischen Post AG, Personalamt Wien vom 01. Oktober 2008, zugestellt durch Hinterlegung beim Postamt 1222 Wien am 03. Oktober 2008, Beilage 2).

Obwohl Ihnen auf Grund der Ergebnisse der anstaltsärztlichen Untersuchung am 29. September 2008, bei der Ihre Arbeitsfähigkeit hinsichtlich einer Tätigkeit im Vorsortierdienst festgestellt wurde, klar sein hätte müssen, dass die Dienstbehörde Zweifel an der von Ihnen - bereits ab dem Folgetag der kontrollärztlichen Untersuchung - geltend gemachten krankheitsbedingten Dienstverhinderung hatte, somit die für den Zeitraum 30. September bis 21. Oktober 2008 ausgestellte Krankenbestätigung von Dr. H. für nicht ausreichend erachtete und daher beabsichtigte, im Wege einer weiteren kontrollärztlichen Untersuchung Ihren Gesundheitszustand überprüfen zu lassen, leisteten Sie dieser Vorladung ohne Angabe von Gründen keine Folge. Sie versuchten auch gar nicht, mit der Dienstbehörde einen Ersatztermin für die ausgefallene Untersuchung zu vereinbaren, sondern legten lediglich im Nachhinein eine Bestätigung des physikalischen Institutes der WGKK vor, wonach Sie am 06. Oktober 2008, dem Tag der vorgesehen Untersuchung, in der Zeit von 10:00 bis 11:30 Uhr in diesem Institut anwesend waren.

Beweis: Bestätigung WGKK, 06. Oktober 2008, Beilage 4)

In der Folge wurden Sie für 09. Oktober 2008 rechtswirksam zum Dienstantritt aufgefordert.

Beweis: Mit RSa Brief übermitteltes Schreiben der Österreichischen Post AG, Personalamt Wien vom 06. Oktober 2008, zugestellt durch Hinterlegung beim Postamt 1222 Wien am 08. Oktober 2008, Beilage 5).

Sie kamen zwar in die Filiale, erklärten aber, die Sendung nicht beheben zu wollen. Am 09. Oktober 2008 erschienen Sie nicht in Ihrer Dienststelle, meldeten Ihren Vorgesetzten, der Sie zum Dienstantritt erwartete, nicht den Grund Ihrer (weiteren) Abwesenheit und legten auch keine weitere, den Umständen Rechnung tragende, Krankenbestätigung vor. Erst am 22. Oktober 2008 traten Sie schließlich Ihren Dienst wieder an.

Es steht somit auf Grund der vorliegenden Gutachten und Schriftstücke (Beilagen 01 bis 04) und durchgeführten Erhebungen fest, dass Sie bei objektiv krankheitsbedingter Abwesenheit vom Dienst in der Zeit vom 30. September bis 21. Oktober 2008, nachdem Sie rechtswirksam für 06. Oktober 2008 ins anstaltsärztliche Büro vorgeladen wurden, sich Ihrer Pflicht zur zumutbaren Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung entzogen haben. Es steht weiters fest, dass Sie nach rechtswirksamer Aufforderung zum Dienstantritt Ihren Dienst am 09. Oktober 2008 nicht angetreten haben und Ihren Melde- und Rechtfertigungspflichten gem. § 51 Abs. 1 BDG 1979 nicht nachgekommen sind. Schließlich steht auch fest, dass Sie - obwohl Ihnen zu diesem Zeitpunkt auf Grund der Vorladung zum Anstaltsarzt und der anschließenden Aufforderung zum Dienstantritt klar sein musste, dass die Dienstbehörde die von Dr. Hahn am 30. September 2008 ausgestellte Krankenbestätigung als Rechtfertigung für Ihre Dienstabwesenheit nicht mehr anerkennt, es unterlassen haben, Ihrem Vorgesetzten eine entsprechende ärztliche Bescheinigung über Ihre Erkrankung vorzulegen, und folglich wegen Verletzung dieser Pflicht in der Zeit vom 09. Oktober bis 21. Oktober 2008 gem. § 51 Abs. 2 BDG 1979 ungerechtfertigt dem Dienst ferngeblieben sind.

Gemäß § 12c Abs. 1 GehG 1956 in der Fassung BGBl. I Nr. 130/2003 entfallen die Bezüge, wenn der Beamte eigenmächtig länger als drei Tage dem Dienst fernbleibt, ohne einen ausreichenden Entschuldigungsgrund nachzuweisen, für die Gesamtdauer der ungerechtfertigten Abwesenheit vom Dienst.

Die vorgenommene, oben dargestellte Bezugskürzung (aliquote Bezugseinstellung) erfolgte daher zu Recht.

Es steht Ihnen frei, zu diesem Ermittlungsergebnis binnen zwei Wochen nach Erhalt eine Stellungnahme abzugeben."

In seiner Säumnisbeschwerde vom 7. Feber 2011 machte der Beschwerdeführer geltend, dass die belangte Behörde ihre Entscheidungspflicht über seinen Antrag vom 4. Dezember 2008 sowie über den Devolutionsantrag vom 9. Oktober 2009 verletzt habe.

Zur Erledigung vom 8. März 2011 nahm der Rechtsfreund des Beschwerdeführers in einem Schriftsatz vom 16. März 2011 wie folgt Stellung:

"Der einzige mir berechtigtermaßen gemachte Vorwurf besteht darin, dass ich eine am 8.10.2008 hinterlegte Briefsendung nicht übernommen habe. Das ist jedoch für die hier verfahrensgegenständliche Frage des Fortbestehens des Bezügeanspruches oder des Verlustes des Bezügeanspruches wegen eigenmächtigen Fernbleibens vom Dienst völlig bedeutungslos, weil ich auch bei Behebung, bzw. unmittelbarer Entgegennahme dieses Schreibens nicht anders hätte handeln brauchen, als ich gehandelt habe.

Wie nämlich auch in der nunmehrigen Zuschrift richtig angegeben wird, hat dieses Schreiben nicht eine Aufforderung zu einer ärztlichen Untersuchung enthalten, sondern die Aufforderung zum Dienstantritt. Zu einer Aufforderung zu einer ärztlichen Untersuchung war der Dienstgeber berechtigt, zu einer Aufforderung zum Antritt des Dienstes hingegen nicht. Das deshalb, weil ich eine ärztliche Bestätigung über gesundheitsbedingte Dienstunfähigkeit vorgelegt hatte. Davon ausgehend ist es dem Dienstgeber keineswegs freigestanden, mich zum Dienstantritt aufzufordern, sondern er hatte lediglich die Möglichkeit, die ärztliche Untersuchung zu beauftragen. Auch was in diesem Zusammenhang für die unmittelbar vorangegangene Zeit behördlicherseits ins Treffen geführt wird, geht völlig ins Leere.

Die anstaltsärztliche Untersuchung vom 29.9.2008 hat überhaupt nicht die für den Krankenstand ab 9.10.2008 relevanten Thematik betroffen. Bei diesem Krankenstand ist es darum gegangen, dass ich einer periodisch wiederkehrenden Therapie im Zusammenhang mit einer chronischen Lumbalgie bedarf. Diese ist vorher schon viele Jahre lang in Verbindung mit einem Krankenstand durchgeführt worden. In von mir vorgelegten ärztlichen Bestätigungen ist das jeweils offen gelegt worden, so auch für die Zeit vom

9. bis 21.10.2008. Ich hatte weder durch die anstaltsärztliche Untersuchung vom 29.9.2008, bzw. durch die im Zusammenhang damit mir gemachten Äußerungen noch durch irgendeine sonstige ärztliche (medizinische) Bekundung Anhaltspunkte dafür, dass die Lumbalgie-Therapie ohne Krankenstand adäquat durchgeführt werden könnte. Ich war daher bei Beginn des Krankenstandes nicht nur subjektiv, sondern auch nach jeder denkbaren objektiven Betrachtungsweise gutgläubig und bin demgemäß nicht eigenmächtig, sondern mit ausreichender Begründung vom Dienst ferngeblieben. Erst nach dem 21.10.2008 ist mir seitens des Dienstgebers ein Gutachten zur Kenntnis gebracht worden, wonach die Lumbalgie-Therapie auch ohne Krankenstand durchgeführt werden kann. Ich beschränke mich hier dazu auf die Bemerkung, dass nach expliziter Ansicht meines behandelnden Arztes das im Sinne einer ausreichenden Gewährleistung eines Erfolges der Therapie nicht zutrifft. Da ich mich in weiterer Folge dennoch dem Standpunkt des Dienstgebers entsprechend verhalten und Therapien ohne Krankenstände absolviert habe, ist ein näheres Eingehen auf diese Thematik entbehrlich.

Näher dargelegt sei hingegen noch, weshalb die Untersuchungsaufforderung für den 6.10.2008 und die Dienstantrittsaufforderung vom 9.10.2008 nichts Relevantes zu ändern vermochten.

Was zunächst die Untersuchungsaufforderung betrifft, wird in der gegenständlichen Zuschrift richtig angegeben, dass ich eine Bestätigung über eine zum vorgesehenen Untersuchungszeitpunkt stattgefundene therapeutische Behandlung vorgelegt habe. Dem ist hinzuzufügen, dass ich diese Vorlage nicht nur unverzüglich, sondern ganz besonders schnell vorgenommen habe, nämlich durch eine Fax-Übermittlung noch am 6.10.2008 um 10.58 Uhr bei einem vorgesehenen Untersuchungstermin von 10 bis 11,30 Uhr. Dass meine Reaktion so blitzartig war, wird in der gegenständlichen Zuschrift nicht erwähnt, andererseits aber die Bemerkung gemacht, dass ich mich nicht um einen anderen Termin 'bemüht' hätte. Dass ich eine Verpflichtung dazu gehabt hätte, scheint unterstellt zu werden, wird aber nicht ausdrücklich behauptet und schon gar nicht eine Rechtsgrundlage dafür angegeben. Tatsächlich hatte ich eine solche Verpflichtung zweifellos nicht. Durch die Vorlage der Behandlungsbestätigung war evidentermaßen eine ausreichende Entschuldigung für die Nichtwahrnehmung des betreffenden Termins erfolgt und damit war es völlig klar, dass mir ein anderer Termin für die anstaltsärztliche Untersuchung bekanntzugeben war. Nicht nur rechtlich hatte ich keine Verpflichtung, irgendeine diesbezügliche Bemühung vorzunehmen, sondern auch unter den Gesichtspunkten der Praktikabilität und des Üblichen war es das denkbar Selbstverständlichste, dass durch den Dienstgeber oder den von ihm beauftragten Arzt die neue Terminbekanntgabe zu erfolgen hatte.

Es ist dementsprechend zu konstatieren, dass seitens des Dienstgebers nicht adäquat reagiert wurde. Einerseits ist die Bekanntgabe eines neuen Untersuchungstermins unterblieben und andererseits eine effektiv völlig der Grundlage entbehrende Aufforderung zum Dienstantritt ergangen. Eine rechtliche Relevanz hätte diese höchstens in Verbindung mit einer entsprechenden Bekanntgabe eines Begutachtungsergebnisses haben können. Nur durch ein solches nämlich hätte jene Wirkung erzielt werden können, die seitens der Dienstbehörde fälschlicherweise daraus abgeleitet wird, dass sie mir eine bei ihr gegebene Auffassung eröffnet hat. Sie ist nicht die Gesundheitsbeurteilungs-Höchstautorität, deren Meinungsbekundungen absolute Gültigkeit beanspruchen können.

Wenn eine Behörde Anhaltspunkte für einen bestimmten Tatbestand zu haben meint, hat sie die Möglichkeit und allenfalls sogar die Verpflichtung, eine genaue Klärung herbeizuführen. Keineswegs hingegen ist sie dazu berechtigt, ein Ergebnis vorwegzunehmen und daraus Verpflichtungen anderer abzuleiten.

Puncto Verpflichtung zur Dienstleistung und deren Wegfall zufolge Gesundheitsbeeinträchtigung ist rechtlich maßgeblich, ob die Gesundheitsbeeinträchtigung tatsächlich gegeben und von solcher Art ist, dass eine Dienstverrichtung entweder überhaupt unmöglich oder doch unzumutbar ist. Gemäß der einschlägigen Judikatur ist das Vertrauen des Beamten auf die Richtigkeit der diesbezüglichen Beurteilung seines behandelnden Arztes dadurch begrenzt, dass ihm vom Dienstgeber Ermittlungsergebnisse bekannt gegeben werden, welche schlüssig

etwas anderes dartun - wobei der Beamte im Ergebnis auf sein eigenes Risiko handelt, wenn er sich in der Schlüssigkeitsfrage irrt. Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass der Dienstgeber seine Auffassung über die Dienstfähigkeit durch ein Gutachten untermauert und zwar ein Gutachten von echter Substanz und nicht etwas, was zwar vielleicht als 'Gutachten' bezeichnet ist, aber sogleich und ohne weiteres als unzureichend erkannt werden kann.

Daraus folgt, was oben bereits angegeben wurde, nämlich dass ich auch bei Erhalt des Schreibens vom 6.10.2008 mit der Aufforderung zum Dienstantritt den Dienst effektiv nicht anzutreten gebraucht habe. Es ist auch noch klarzustellen, dass die in dem Schreiben enthaltene Qualifizierung der Aufforderung als dienstliche Weisung eine weitere Fehlerhaftigkeit darstellt. Die Verpflichtung zur Dienstverrichtung ist von Gesetzes wegen gegeben und sie entfällt von Gesetzes wegen bei gesundheitsbedingter Dienstunfähigkeit. Es bleibt hiebei keinerlei Freiraum für die Erteilung von Weisungen. In Ergänzung der vorigen Ausführungen zur Gutachtensfrage ist in dieser Beziehung darauf hinzuweisen, dass auch dann, wenn auf Veranlassung des Dienstgebers ein Gutachten über die Dienstfähigkeit zustande gekommen und dieses dem Dienstnehmer zur Kenntnis gebracht worden ist, noch voll und ganz die Möglichkeit offen bleibt, dass eine Widerlegung erfolgt und sich letztlich ergibt, dass die Dienstfähigkeit doch nicht gegeben war - was die zwingende Konsequenz hat, dass auch rückwirkend feststeht, dass eine Aufforderung zum Dienst nicht gerechtfertigt gewesen wäre, ihr musste nicht entsprochen werden. Das sind aber im gegenständlichen Zusammenhang hypothetische Erwägungen, hier ist entscheidend, dass es ein Gutachten überhaupt nicht gegeben hat und puncto ärztlicher Untersuchung nicht gesetzeskonform vorgegangen worden ist. Selbstverständlich gehört auch die Frage, ob die besagte Lumbalgie-Therapie mit einem Krankenstand zu verbinden war oder nicht, ausschließlich in den Bereich der medizinischen Begutachtung und nicht in die Bereiche des Dafürhaltens und der Weisungserteilungen des Dienstgebers. Es gilt daher im Bezug auf die diesbezüglichen Bemerkungen im Schreiben vom 6.10.2008 nichts anderes als allgemein oben für die Frage ausgeführt, wann eine gesundheitsbedingte Dienstunfähigkeit als gegeben anzunehmen ist oder nicht und inwieweit der Dienstnehmer den Angaben seiner behandelnden Ärzte vertrauen und diesen entsprechend zu handeln berechtigt ist oder nicht."

Mit dem angefochtenen Bescheid stellte die belangte Behörde aufgrund des Devolutionsantrages vom 12. Oktober 2009 gemäß § 12c Abs. 1 Z. 2 und Abs. 2 GehG iVm § 51 Abs. 2 BDG 1979 fest, dass die Bezüge des Beschwerdeführers für die Zeit von

9. bis 21. Oktober 2008 entfielen. Für den Monat September 2008 gebühre ihm der ungekürzte Bezug.

Begründend ging die belangte Behörde nach zusammenfassender Darstellung des Verwaltungsgeschehens von folgendem Sachverhalt aus:

"Sie waren in den Monaten September und Oktober 2008 Bediensteter des Karriere- und Entwicklungszentrums Wien und wurden zu dieser Zeit temporär in der Vorsortierung der Zustellbasis 1100 Wien eingesetzt. Auf Grund mehrerer, länger wählender Krankenstände wurden Sie für 29. September 2008 zu einer anstaltsärztlichen Untersuchung zwecks Überprüfung Ihrer Dienstfähigkeit, Abklärung Ihrer Einsatzmöglichkeiten im Vorsortierdienst bzw. Zustelldienst bzw. fachlichen Hilfsdienst sowie zur Feststellung Ihrer Restarbeitsfähigkeit vorgeladen.

Die hier erfolgte Beurteilung ergab, dass Sie für den Vorsortierdienst geeignet und somit dienstfähig sind. Sie wurden daher im Auftrag der Dienstbehörde für 30. September 2008 zum Dienstantritt aufgefordert.

Sie traten Ihren Dienst am 30. September 2008 jedoch nicht an, sondern meldeten sich krank und legten eine durch Ihren Hausarzt Dr. H. am 30. September 2008 ausgestellte Krankenbestätigung (für die Zeit vom 30. September bis 21. Oktober 2008) mit der Diagnose 'Lumbalgie - physikalische Therapie' vor.

Da die Dienstbehörde - nicht zuletzt auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse der anstaltsärztlichen Untersuchung am 29. September 2008 - Zweifel an der Notwendigkeit eines durchgehenden Krankenstandes mit der Diagnose Lumbalgie hatte, wurden Sie für 06. Oktober 2008, 10:00 Uhr, neuerlich zum Anstaltsarzt vorgeladen. Die diesbezügliche mit RSa Brief übermittelte Aufforderung des Personalamtes Wien vom 01. Oktober 2008 wurde beim Postamt W am 03. Oktober 2008 hinterlegt.

Obwohl Ihnen auf Grund der Ergebnisse der anstaltsärztlichen Untersuchung am 29. September 2008, bei der Ihre Arbeitsfähigkeit hinsichtlich einer Tätigkeit im Vorsortierdienst festgestellt wurde und Sie somit als dienstfähig befunden wurden, klar sein hätte müssen, dass die Dienstbehörde Zweifel an der von Ihnen - bereits ab dem Folgetag der kontrollärztlichen Untersuchung - geltend gemachten krankheitsbedingten Dienstverhinderung hatte, somit die für den Zeitraum 30. September bis 21. Oktober 2008 ausgestellte Krankenbestätigung von Dr. H. für nicht ausreichend erachtete und daher beabsichtigte, im Wege einer weiteren kontrollärztlichen Untersuchung Ihren Gesundheitszustand überprüfen zu lassen, leisteten Sie dieser Vorladung ohne Angabe von Gründen keine Folge. Sie unterließen es auch, die Dienstbehörde rechtzeitig, also noch vor den Untersuchungstermin, über Ihre Verhinderung zu informieren, sondern legten lediglich im Nachhinein eine Bestätigung des physikalischen Institutes der WGKK vor, wonach Sie am 06. Oktober 2008, dem Tag der vorgesehen Untersuchung, in der Zeit von 10:00 bis 11:30 Uhr in diesem Institut anwesend waren.

In der Folge wurden Sie für 09. Oktober 2008 nachweislich zum Dienstantritt aufgefordert. Die diesbezügliche, mit RSa Brief übermittelte Aufforderung des Personalamtes Wien vom 06. Oktober 2008 wurde

beim Postamt W am 08. Oktober 2008 hinterlegt. Sie kamen zwar in die Filiale, erklärten aber, die Sendung nicht beheben zu wollen.

Am 09. Oktober 2008 erschienen Sie nicht in Ihrer Dienststelle, meldeten Ihren Vorgesetzten, der Sie zum Dienstantritt erwartete, nicht den Grund Ihrer (weiteren) Abwesenheit und legten auch keine weitere, den Umständen Rechnung tragende, Krankenbestätigung vor. Erst am 22. Oktober 2008 traten Sie schließlich Ihren Dienst wieder an."

Nach weiterer Darstellung der Rechtslage und Hervorhebung des unstrittigen Sachverhaltes hielt die belangte Behörde hiezu fest, aufgrund der erfolgten Vorladung zur anstaltsärztlichen Untersuchung zum Zweck der Überprüfung der Dienstfähigkeit des Beschwerdeführers hätte er bereits Zweifel daran haben müssen, dass die Dienstbehörde ihn weiterhin für (richtig wohl:) dienstfähig erachte. Spätestens bei der anschließenden Aufforderung zum Dienstantritt am 9. Oktober 2008 hätte ihm aber klar sein müssen, dass die Dienstbehörde ab diesem Zeitpunkt die Krankenbestätigung Dris. H. vom 30. September 2008 nicht mehr als Rechtfertigung für seine Dienstabwesenheit anerkenne und folglich davon ausgehe, dass die Dienstfähigkeit ab 9. Oktober 2008 gegeben sei. Der Beschwerdeführer hätte daher diese Aufforderung zum Dienstantritt keinesfalls mit Stillschweigen übergehen dürfen, sondern wäre - sollte er der Auffassung gewesen sein, weiterhin durch Krankheit an der Ausübung seines Dienstes verhindert zu sein - vielmehr nach § 51 Abs. 2 BDG 1979 verpflichtet gewesen, seine weitere krankheitsbedingte Abwesenheit vom Dienst zu melden und zeitnah ärztlich zu bescheinigen. Beides habe er jedoch unterlassen. Dass ihm ein pflichtgemäßes Verhalten unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, er also verhindert gewesen wäre, seiner Melde- und Bescheinigungspflicht nachzukommen, werde von ihm auch gar nicht behauptet. Er versuche seine Vorgangsweise vielmehr dahingehend zu rechtfertigen, dass er auf die weitere Gültigkeit der Krankenbestätigung seines Privatarztes vertraut hätte. Auf dieses Vertrauen könne er sich jedoch dann nicht mehr berufen, wenn ihm die Dienstbehörde durch die oben dargestellten Maßnahmen unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe, dass sie diese Krankenbestätigung als unzureichend erachte. Nach der im Verhältnis zu § 12c Abs. 1 Z. 2 GehG als lex specialis anzusehenden Bestimmung des § 51 Abs. 2 zweiter Satz BDG 1979 gelte eine Abwesenheit vom Dienst jedenfalls dann nicht als gerechtfertigt, wenn der Beamte seiner Bescheinigungspflicht nach dem ersten Satz der genannten Gesetzesstelle nicht nachkomme. Die Bezugskürzung erfolge daher für den im Spruch genannten Zeitraum zu Recht.

Abschließend legte die belangte Behörde dar, weshalb sie die Dienstabwesenheit in der Zeit vom 9. bis 21. September 2008 als gerechtfertigt erachte.

Mit Beschluss vom 30. Mai 2011, Zl. 2011/12/0017, stellte der Verwaltungsgerichtshof - wegen Nachholung des versäumten Bescheides - das Verfahren über die eingangs genannte Säumnisbeschwerde gemäß § 36 Abs. 2 VwGG ein.

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde erachtet sich der Beschwerdeführer in u.a. seinem Recht auf "volle gesetzmäßige Bezüge" nach dem Gehaltsgesetz 1956 verletzt; er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde als unbegründet unter Zuerkennung von Aufwandsatz beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach § 12c Abs. 1 Z. 2 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBl. Nr. 54 - GehG, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 318/1977 sowie der Dienstrechts-Novelle 2002, BGBl. I Nr. 87, entfallen die Bezüge, wenn der Beamte eigenmächtig länger als drei Tage dem Dienst fernbleibt, ohne einen ausreichenden Entschuldigungsgrund nachzuweisen, für die Gesamtdauer der ungerechtfertigten Abwesenheit vom Dienst.

Nach § 51 Abs. 1 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 - BDG 1979, hat der Beamte, der vom Dienst abwesend ist, ohne vom Dienst befreit oder enthoben zu sein, den Grund seiner Abwesenheit unverzüglich seinem Vorgesetzten zu melden und seine Abwesenheit zu rechtfertigen.

Ist der Beamte durch Krankheit, Unfall oder Gebrechen an der Ausübung seines Dienstes verhindert, so hat er nach Abs. 2 leg. cit. 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.

Der Beschwerdeführer hat im Verwaltungsverfahren nicht bestritten, dass er mit dem am 3. Oktober 2008 zu eigenen Händen zugestellten Brief der belangten Behörde für 6. Oktober 2008, 10.00 Uhr, zu einer neuerlichen Untersuchung durch den "Anstaltsarzt" der belangten Behörde vorgeladen worden war.

Der Beschwerdeführer führt demgegenüber - wie schon im Verwaltungsverfahren so auch in der Beschwerde - ins Treffen, dass er gerade zu diesem Zeitpunkt eine von seinem Arzt verordnete physikalische

Therapie in Anspruch genommen habe und hievon auch die Dienstbehörde am Tag der Untersuchung verständigt habe.

§ 51 Abs. 2 zweiter Satz BDG 1979 stellt der Bescheinigungspflicht nach dem ersten Satz zwei weitere Verpflichtungen des Beamten zur Seite, nämlich die Pflicht zur zumutbaren Krankenbehandlung, die die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit sicherstellen soll, und die Pflicht zur zumutbaren Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung. Die zuletzt genannte Mitwirkungspflicht dient offenkundig der Feststellung der Dienstfähigkeit der Beamten. Sie bezieht sich jedenfalls auf den Fall, dass der Beamte unter Berufung auf seine Erkrankung dem Dienst fernbleibt. In diesem Fall dient sie der Kontrolle, ob die vom Beamten geltend gemachte krankheitsbedingte Dienstverhinderung überhaupt vorlag oder noch vorliegt bzw. die zumutbare Krankenbehandlung stattfindet oder stattgefunden hat. Diese Kontrollfunktion ergibt sich auch aus dem Zusammenhang mit § 52 Abs. 2 erster Satz BDG 1979, der die Dienstbehörde ermächtigt (und nach dem dritten Satz auch verpflichtet), den Gesundheitszustand des unter Berufung auf eine Krankheit abwesenden Beamten durch eine ärztliche Untersuchung überprüfen zu lassen. Damit soll es letztlich der Dienstbehörde ermöglicht werden, die von ihr zu entscheidende Rechtsfrage der Dienstfähigkeit im dargestellten Sinn, deren Lösung zur Klärung des maßgeblichen Sachverhalts im Regelfall die Heranziehung entsprechender medizinischer Sachverständiger erforderlich macht, zu klären und die jeweiligen nach dem Prüfungsergebnis allenfalls gebotenen dienstrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen. Daraus erklärt sich auch, dass eine Verletzung dieser Mitwirkungspflicht vom Gesetzgeber als ein Fall einer nicht gerechtfertigten Abwesenheit vom Dienst eingestuft wird, weil der Nachweis, ob die geltend gemachte bescheinigte krankheitsbedingte Abwesenheit tatsächlich gerechtfertigt war, aus Gründen, die in der Sphäre des Beamten liegen, von der Dienstbehörde nicht geführt werden kann (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 19. Dezember 2001, Zl. 98/12/0139 = Slg 15.742/A, sowie vom 19. Februar 2003, Zl. 2002/12/0122, mwN).

Verweigert der Beamte nach § 51 Abs. 2 zweiter Satz BDG 1979 die zumutbare Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung, so gilt die Abwesenheit vom Dienst als nicht gerechtfertigt; mit dem Wort "gilt" ordnet das Gesetz die unwiderlegliche Vermutung (d.h. die Fiktion) der ungerechtfertigten Abwesenheit vom Dienst an (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 30. September 1998, Zl. 91/12/0145, und vom 19. November 1997, Zl. 96/09/0031).

Beschwerdefall bezogen folgt daraus, dass die gegenständliche Dienstesabwesenheit schon deshalb als nicht gerechtfertigt einzustufen wäre, wenn dem Beschwerdeführer die Mitwirkung an der für 6. Oktober 2008 angeordneten ärztlichen Untersuchung zumutbar war.

Der Beschwerdeführer sah und sieht sich von einer Mitwirkung an der damals angeordneten ärztlichen Untersuchung durch eine zu diesem Zeitpunkt in Anspruch genommene therapeutische Behandlung entbunden, wovon er die Dienstbehörde "unverzüglich" unterrichtet habe. Durch die Vorlage der Behandlungsbestätigung sei evidenter Maßen eine ausreichende Entschuldigung für die Nichtwahrnehmung des betreffenden Termins erfolgt und damit völlig klar gewesen, dass ihm ein anderer Termin für die anstaltsärztliche Untersuchung bekannt gegeben werde.

Damit legte der Beschwerdeführer allerdings auch schon im Verwaltungsverfahren nicht dar, dass ihm die Mitwirkung an der für 6. Oktober 2008 angeordneten ärztlichen Untersuchung tatsächlich unzumutbar gewesen wäre. Allein der Umstand, dass er zu diesem Zeitpunkt eine von seinem Arzt anempfohlene therapeutische Behandlung in Anspruch nahm, schloss nicht aus, die therapeutische Behandlung, sei es zu einer anderen Uhrzeit, sei es an einem anderen Tag, in Anspruch zu nehmen. Die Vorladung zur Untersuchung am 6. Oktober 2008 wurde dem Beschwerdeführer unstrittig am 3. Oktober 2008 zugestellt. Die Unmöglichkeit der Verschiebung der therapeutischen Behandlung am 6. Oktober 2008 wurde nicht behauptet. Selbst ein möglicher Entfall der für diesen Tag beanspruchten therapeutischen Behandlung wurde vom Beschwerdeführer nicht als unzumutbar dargelegt und kann eine solche Unzumutbarkeit auch im Hinblick auf den Umstand nicht erkannt werden, dass dem Beschwerdeführer seitens seines Vertrauensarztes die therapeutische Behandlung für einen Zeitraum vom 30. September bis einschließlich 21. Oktober 2008 anempfohlen wurde, sodass eine Inanspruchnahme der therapeutischen Behandlung gerade zum Zeitpunkt der angeordneten ärztlichen Untersuchung zumindest aus medizinischen Gründen nicht nachvollziehbar ist.

War daher dem Beschwerdeführer eine Mitwirkung an der für 6. Oktober 2008 angeordneten ärztlichen Untersuchung - insbesondere aus medizinischen Gründen - zumutbar - Gegenteiliges hat er nach dem Gesagten im Verwaltungsverfahren nicht dargelegt - so gilt seine Abwesenheit vom Dienst (unwiderleglich) als nicht gerechtfertigt.

Eine in der Beschwerde ins Treffen geführte Fehleinschätzung des Beschwerdeführers daraus, dass er bereits in der Vergangenheit eine solche Vorgangsweise, nämlich eine gänzliche Abwesenheit vom Dienst zur Inanspruchnahme von physikalischen Therapien gewählt habe, ändert an der Rechtsfolge (Fiktion) des § 51 Abs. 2 zweiter Satz BDG 1979 ebenso wenig wie seine Fehleinschätzung über die Bedeutung der Annahmeverweigerung der Aufforderung zum Dienstantritt.

Die belangte Behörde konnte daher zu Recht von einer ungerechtfertigten Abwesenheit des Beschwerdeführers vom Dienst bis zum Wiederantritt des Dienstes am 22. Oktober 2008 ausgehen.

Soweit sich die Beschwerde schließlich auf allgemeine Lebenserfahrung beruft, dass Institutionen, welche verschiedene medizinische Therapien anbieten, gewöhnlich so ausgelastet seien, dass die Nichtwahrnehmung eines Termins dazu führe, dass eine beträchtliche Verschiebung stattfinde, sowie darauf, dass es Therapieformen gebe, bei welchen die einzelnen Therapieeinheiten strikt plangemäß zu erfolgen hätten, solle nicht eine negative Auswirkung auf den Therapieerfolg riskiert werden, handelt es sich um eine über das im Verwaltungsverfahren erstatte Vorbringen hinausgehende, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unbeachtliche Neuerung, die überdies gerade nicht in allgemeinem Erfahrungsgut Deckung findet.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Spruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 29. März 2012