

# TE Vwgh Erkenntnis 2007/9/13 2006/12/0159

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.09.2007

## Index

L22007 Landesbedienstete Tirol;  
L24007 Gemeindebedienstete Tirol;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
63/02 Gehaltsgesetz;

## Norm

ABGB §865;  
GdBG Tir 1970 §108 idF 2003/002;  
GdBG Tir 1970 §25 Abs2 idF 2003/002;  
GdBG Tir 1970 §25a Abs2 idF 2003/002;  
GdBG Tir 1970 §30 Abs1 idF 2005/055;  
GdBG Tir 1970 §30 Abs1;  
GehG 1956 §13a Abs1 idF 1966/109 impl;  
GehG 1956 §7 Abs1 impl;  
GehG/Gemeindebeamten Tir 1970 §13a Abs1 idFBGBI 1966/109;  
GehG/Gemeindebeamten Tir 1970 §7 Abs1;  
GehG/Tir 1998 §13a Abs1 idFBGBI 1966/109 impl;  
GehG/Tir 1998 §7 Abs1 impl;  
LBG Tir 1998 §2 ltc impl;  
VwGG §42 Abs2 Z1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Nowakowski, Dr. Thoma und Dr. N. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Matt, über die Beschwerde des Mag. B in Lienz, vertreten durch Dr. Robert Kerschbaumer, Rechtsanwalt in 9900 Lienz, Burghard-Breitner-Straße 4, gegen den Bescheid der Tiroler Landesregierung vom 27. Juli 2006, Zl. Ib-17334/3-2006, betreffend Vorstellung i.A. Rückforderung eines Übergenusses (mitbeteiligte Partei: Marktgemeinde M, vertreten durch Dr. Gernot Gasser und Dr. Sonja Schneeberger, Rechtsanwälte in 9900 Lienz, Beda-Weber-Gasse 1), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Tirol hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehr wird abgewiesen.

## **Begründung**

Der Beschwerdeführer steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur mitbeteiligten Marktgemeinde.

An den Beschwerdeführer erging ein mit 21. November 2003 datiertes, vom Gemeindeamtsleiter und dessen Stellvertreter gefertigtes Schreiben, in welchem ihm "im Auftrag des Gemeinderates" der mitbeteiligten Marktgemeinde (zusammengefasst) Folgendes mitgeteilt wurde:

Der Beschwerdeführer befindet sich auf Grund einer "Arbeitsunfähigkeitsbestätigung" eines praktischen Arztes seit 17. September 2003 im Krankenstand. Es bestünden jedoch Anhaltspunkte, dass er währenddessen an zwei Veranstaltungen in Sachen "Hospiz" teilgenommen habe und auch aktiv eine Personalleasingfirma betreibe. Aus den angeführten Gründen werde er gemäß § 25a Abs. 2 des Tiroler Gemeindebeamten gesetzes, LGBI. Nr. 9/1970 (im Folgenden: GBG) aufgefordert, sich am 10. Dezember 2003 um 10.00 Uhr, bei einem näher bezeichneten Sprengelarzt zum Zwecke einer ärztlichen Untersuchung zur Prüfung seines Gesundheitszustandes einzufinden. Das Schreiben schließt mit dem Satz:

"Ein Nichteinfinden bzw. eine Nichtbefolgung dieser Aufforderung wird als Dienstpflichtverletzung geahndet und zieht weitere (dienstrechtliche) Konsequenzen nach sich."

Noch vor Abfertigung dieses Schreibens an den Beschwerdeführer wurde dieses vom Gemeinderat der mitbeteiligten Marktgemeinde in seiner Sitzung vom 24. November 2003 "zum Beschluss erhoben".

Mit Bescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Marktgemeinde vom 12. Jänner 2004 (dem Beschwerdeführer durch Hinterlegung am 16. Jänner 2004 zugestellt) wurden dessen Bezüge gemäß § 30 GBG iVm § 13 Abs. 3 und 4 des Gehaltsgesetzes 1956, BGBI. Nr. 54 (im Folgenden: GehG) in der im Tiroler Landesbeamten gesetz 1998, LGBI. Nr. 65 (im Folgenden: LBG) in der Fassung LGBI. Nr. 37/2003 übernommenen Fassung mit Wirkung vom 11. Dezember 2003 eingestellt.

Begründend führte die Dienstbehörde aus, infolge der Verweigerung einer zumutbaren Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung gelte die Abwesenheit des Beschwerdeführers vom Dienst aus dem Grunde des § 25 Abs. 2 GBG ab dem genannten Datum nicht mehr als gerechtfertigt.

Zwar habe der Beschwerdeführer mit einem am 2. Jänner 2004 bei der belangten Behörde eingelangten Schreiben mitgeteilt, dass er sich bei Dr. H, einem Facharzt für Psychiatrie, in Behandlung befindet und sich außerstande gefühlt habe, der Untersuchung durch einen Sprengelarzt Folge zu leisten. Dem sei jedoch entgegenzuhalten, dass diese Behandlung die von der Dienstbehörde angeordnete ärztliche Untersuchung keinesfalls ersetze. Auch habe der Beschwerdeführer keine entsprechende Mitteilung an den genannten Sprengelarzt erstattet.

Die Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 und 4 GehG für den Entfall der Bezüge ab 11. Dezember 2003 liegen daher vor.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer am 30. Jänner 2004 "Berufung".

Darin heißt es (auszugsweise):

"Mit Schreiben vom 29.12.03 hat der Berufungswerber darauf aufmerksam gemacht, dass er aufgrund seines psychiatrischen Krankheitsbildes nicht in der Lage war, der Untersuchung durch eine Sprengelarzt Folge zu leisten und nun durch den weihnachtlichen Psychoterror der Dienstbehörde auch in Suizidgedanken verfallen ist. ...

...

f) Im Berufungsverfahren wird unter Vorlage der fachärztlichen Bestätigung Dr. H vom 23.1.04 darauf hingewiesen, dass die psychische Situation des Berufungswerbers nach wie vor katastrophal ist. ...

...

Dass die Anreise zu dem dem Bürgermeister ... überaus nahestehenden Sprengelarzt zwecks ärztlicher Untersuchung unter diesen Umständen unzumutbar war, versteht sich von selbst. Der

Besuch beim Sprengelarzt war und ist aber auch unabhängig vom schwer depressiven suiziden Gesundheitszustand des Berufungswerbers deshalb unzumutbar, weil der Sprengelarzt selbstverständlich im weitesten Sinn ein Gemeindeorgan, mit anderen Worten ein Hilfsorgan des Bürgermeisters ... darstellt, womit sich unüberwindliche krankheitsbedingte Schwierigkeiten des Berufungswerbers ergeben, ein derartiges Organ zu kontaktieren, weil sofort negative Emotionen zu den Mobbingmaßnahmen des Bürgermeisters ... hervorgerufen werden, die für den Heilungsverlauf kontraproduktiv sind."

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 24. Februar 2005 wurde diese als Vorstellung gewertete Eingabe als unbegründet abgewiesen.

In den Verwaltungsakten findet sich des Weiteren ein auf einer Untersuchung vom 2. Mai 2005 beruhendes Gutachten der Fachärztin für Psychiatrie und Neurologie Dr. T. Nach dem Inhalt des Gutachtens lag der Gutachterin auch der bereits erwähnte fachärztliche Befund Dris. H vom 23. Jänner 2004 vor.

Die Sachverständige führt aus, der Beschwerdeführer sei von ihr psychodiagnostisch untersucht worden; es habe sich eine intakte Hirnleistung, jedoch kein Hinweis auf depressive Stimmungslage gezeigt.

Der Beschwerdeführer habe mit großer Wahrscheinlichkeit im Herbst 2003 eine Anpassungsstörung-ICD 10-F 43.2. entwickelt. Es handle sich dabei um Zustände von subjektivem Leiden und emotionaler Beeinträchtigung, die soziale Funktionen und Leistungen behinderten und während des Anpassungsprozesses nach einer entscheidenden Lebensveränderung, nach einem belastenden Lebensereignis oder nach schwerer körperlicher Krankheit auftraten. Im Zuge einer solchen Störung könnten Suizid-Gedanken auftreten, vor allem, wenn sich der Druck von außen - im konkreten Fall seitens des Dienstgebers - verschärfe. Das Attest Dris. H beinhaltet zwar keine Diagnose, decke sich jedoch inhaltlich "mit den obigen Ausführungen". Der von Dr. H befürwortete Krankenstand sei mit großer Wahrscheinlichkeit gerechtfertigt gewesen.

Die Sachverständige gelangte zum Ergebnis, der Beschwerdeführer sei derzeit dienstunfähig; Suizidgefahr bestehe derzeit nicht.

Mit Bescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Marktgemeinde vom 1. August 2005 wurde der Beschwerdeführer gemäß § 30 GBG in Verbindung mit § 13a GehG in der im LBG idF LGBI. Nr. 65/2004 übernommenen Fassung, zum Rückersatz der für den Zeitraum 11. Dezember 2003 bis 31. Jänner 2004 zu Unrecht empfangenen Leistungen in der Höhe von EUR 3.595,41 verpflichtet. Begründend führte die Dienstbehörde nach Schilderung des Verfahrensganges aus, der Gemeinderat habe mit seinem Bescheid vom 29. März 2004 die Bezugseinstellung aufgehoben und die Wiederauszahlung der Dienstbezüge ab 1. Februar 2004 verfügt, nachdem der Beschwerdeführer an diesem Tag wiederum zum Dienst erschienen sei. Die im Zeitraum vom 11. Dezember 2003 bis 31. Jänner 2004 - nicht im guten Glauben empfangenen - Übergenüsse seien daher zurückzuzahlen.

Gegen diesen Bescheid er hob der Beschwerdeführer Vorstellung an die belangte Behörde.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 12. September 2005 wurde der Vorstellung Folge gegeben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die mitbeteiligte Gemeinde verwiesen.

Zur Begründung für die aufhebende Entscheidung führte die belangte Behörde Folgendes aus:

"Voraussetzung für die Rückforderung bzw. Einbehaltung des Überbezuges ist, dass dieser Überbezug nicht im guten Glauben empfangen wurde. Dabei ist auf jenen Zeitpunkt abzustellen, in dem der Betrag in den Machtbereich des Empfängers gelangt, sohin jener Zeitpunkt, in dem der Bezug auf dem Konto des Vorstellungswerbers gutgeschrieben wurde. (Vgl. VwGH vom 11.04.1983, Zl. 82/12/0007 und 27.01.1986, Zl. 85/12/0074).

Es ist jedoch nicht primär Aufgabe des Beamten nachzuweisen, dass er eine Leistung, obwohl sie ihm nicht gebührt

hat, im guten Glauben empfangen hat. Die Behörde muss vielmehr auf Grund eines ordnungsgemäß durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens, zu dem auch die Einräumung des Parteiengehörs gehört, darlegen, welchen Sachverhalt sie als erwiesen annimmt. Eine Übertragung der Beweislast an den Beamten hat das Gesetz nicht vorgenommen (VwGH vom 25.05.1976, ZI. 439/76).

Im angefochtenen Bescheid hat sich die belangte Behörde jedoch in keiner Weise mit der Frage des guten Glaubens auseinandergesetzt und liegen auch entsprechende Belege hiefür nicht im erstinstanzlichen Akt vor. Insbesondere ist dabei der Umstand zu berücksichtigen, dass ursprünglich eine Krankmeldung durch den Vorstellungswerber erfolgte und sohin die Frage zu beantworten ist, ob er am 01.12.2003 den Gehalt für Dezember in gutem Glauben zur Gänze empfangen konnte. Auch hinsichtlich des Jännergehaltes bedarf es entsprechender Erhebungen und Feststellungen, zumal der Bescheid, mit dem die Bezugseinstellung verfügt wurde, erst am 16.01.2004 durch Hinterlegung beim Postamt zugestellt wurde. Es ist daher zu prüfen, ob der Vorstellungswerber zum Zeitpunkt des Empfanges der Gehaltszahlungen für Dezember und Januar damit rechnen musste, dass sein Verhalten tatsächlich eine Bezugseinstellung zur Folge haben wird, und er somit die Leistungen zu Unrecht erhält, oder ob er im Zeitpunkt der Auszahlung noch glauben konnte, er bekomme den Gehalt rechtmäßig aufgrund des aufrechten Dienstverhältnisses ausbezahlt. Von besonderer Bedeutung sind dabei allfällig angedrohte Konsequenzen in der Aufforderung zur ärztlichen Untersuchung und in der Aufforderung zur Stellungnahme.

Weiters ist auch der tatsächliche gesundheitliche Zustand des Vorstellungswerbers von Bedeutung. Für die Festlegung der Bezugseinstellung reicht, wie in der seinerzeitigen Entscheidung ausgeführt, die Unterlassung der zumutbaren Mitwirkung an der ärztlichen Untersuchung, um einen ausreichenden Entschuldigungsgrund für das Fernbleiben wegfallen zu lassen. Bei der Frage, ob das Entgelt für den Zeitraum, für den kein ausreichender Entschuldigungsgrund vorliegt, und somit kein Bezug zusteht, zurück zu zahlen ist, ist jedoch bei der Beurteilung des guten Glaubens der tatsächliche Gesundheitszustand zu berücksichtigen. Bei dem sog. 'krankfeiern' kann keinesfalls ein guter Glaube vorliegen."

Mit Schriftsatz vom 26. September 2005 stellte der Beschwerdeführer (u.a.) folgende Beweisanträge

"Vorweg ist festzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer auf Grund nachstehender Mobbingattacken des Bürgermeisters Dr. G zum Zeitpunkt des Empfangs der Bezüge für Dezember und Jänner in einem psychisch sehr angespannten Zustand befand und auch heute noch befindet, vor allem größte Sorge hatte und hat, aufgrund des anhaltenden Konfliktes zunehmend an Selbstkontrolle zu verlieren, in akuter Suizidgefahr war, ursächlich deshalb auch nach wie vor in ärztlicher Behandlung steht und ergehen dazu nachstehende

#### Anträge

a) Einholung und Verlesung der Krankengeschichte zur andauernden ambulanten Behandlung des Beschwerdeführers bei Dr. H, ..., in den Monaten Dezember 2003 und Jänner 2004.

b)

Ladung und Vernehmung des behandelnden Arztes Dr. H, ....

c)

Einholung eines ärztlichen Sachverständigengutachtens zum Gesundheitszustand des Beschwerdeführers für den Zeitraum Dezember 2003 und Jänner 2004.

Dies alles zum Beweis dafür, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Bezugsempfanges mit einer angstneurotischen Depression erkrankt war, bei gleichzeitigem suizidalem Kreisdenken, die Dezember 2003 bis Jänner 2004 einen Zustand der 'maximalen Krise' derart erreicht hatte, dass der Realitätssinn des Beschwerdeführers, wie auch seine Steuerungs- und Kontrollfähigkeit auf null gesunken war, sodass

-

die Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht mehr gegeben war und er subjektiv der vollen Überzeugung war, die Bezüge zu Recht zu erhalten.

-

die depressiven Symptome und das suizidale Kreisdenkendes Beschwerdeführers einen derart hohen Krankheitswert hatten, dass er subjektiv der vollen Überzeugung war, die Bezüge zu Recht zu erhalten.

- zu den Zeitpunkten des Bezugsempfangs die individuelle Bewältigungskapazität des Beschwerdeführers derart erschöpft war, dass er subjektiv der vollen Überzeugung war, die Bezüge zu Recht zu erhalten."

Mit Bescheid des Gemeinderates der mitbeteiligten Marktgemeinde vom 15. März 2006 wurde der Beschwerdeführer (neuerlich) zum Rückersatz der für den Zeitraum vom 11. Dezember 2003 bis 31. Jänner 2004 zu Unrecht empfangenen Leistungen in der Höhe von EUR 3.595,41 verpflichtet. Dabei stellte die Dienstbehörde folgenden Sachverhalt fest:

(Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Der Beschwerdeführer verfügt über gute Rechtskenntnisse im Beamtendienst- und Gehaltsrecht und in den Fachbereichen Personenstands-, Ehe-, Namens- und Staatsbürgerschaftsrecht, ABGB, Gebühren- und Abgabenrecht sowie weiteren Spezialgebieten (...).

Der Beschwerdeführer legte am 24.09.2003 eine

"Arbeitsunfähigkeitsbestätigung" des praktischen Arztes ... vom

17.09.2003 vor. Der Beschwerdeführer wurde mit Schreiben der Dienstbehörde vom 21.11.2003 aufgefordert, sich gem. § 25 a

(2) Gemeindebeamten gesetz 1970, am 10.12.2003 zur ärztlichen Untersuchung bei Sprengelarzt ..., einzufinden, nachdem er sich ununterbrochen und durchgehend seit 17.09.2003 im Krankenstand befunden hatte und der Dienstbehörde zwischenzeitlich nur bekannt war, dass er während dieser Zeit an einer Abendveranstaltung im Matreier Tauernhaus teilgenommen hat.

Gleichzeitig wies die Dienstbehörde den Beschwerdeführer darauf hin, dass das Nichteinfinden zu diesem Untersuchungstermin bzw. die Nichtbefolgung der Aufforderung durch die Dienstbehörde eine Dienstpflichtenverletzung darstellt und weitere (dienstrechtliche) Konsequenzen nach sich ziehen wird

(arg .... zieht...nach sich !). Die Aufforderung der

Dienstbehörde wurde dem Beschwerdeführer am 28.11.2003 durch Hinterlegung zugestellt.

Der Beschwerdeführer kam dem Untersuchungstermin bei Sprengelarzt Dr. ... am 10.12.2003 unentschuldigt nicht nach und reagierte auch sonst nicht. Am 15.12.2003 informierte die Dienstbehörde den Beschwerdeführer noch einmal, dass bei Unterlassung einer zumutbaren Krankenbehandlung oder bei Verweigerung einer zumutbaren Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung gem. § 25 (2) GBG 1970 die Abwesenheit vom Dienst als nicht gerechtfertigt gelte.

Der Beschwerdeführer nahm während des Krankenstandes mehrfach an Hospizveranstaltungen (ua. im ...) teil. Er hat während des Krankenstandes am 27.11.2003 und am 29.11.2003, sowie vom 02.12.2003 bis 03.12.2003 und vom 03.12.2003 bis 04.12.2003 entsprechende Berufspraktika 'Hospizausbildung' - die in keinerlei

Zusammenhang mit seiner Tätigkeit bei der Marktgemeinde ... in ...

stehen und gegenüber der Dienstbehörde auch nicht angezeigt wurden - zum Teil auch im Nachtdienst, absolviertDer Beschwerdeführer übt seit einigen Jahren nebenberuflich die Tätigkeit der 'gewerblichen Überlassung von Arbeitskräften' (lt. Gewerberегистernummer ...) aus. Eine Ruhendmeldung dieses Gewerbes gegenüber der BH Lienz durch den Beschwerdeführer erfolgte nicht.

Am 29.12.2003 (sohin 1 Monat nach Zustellung der Aufforderung!) teilte der Beschwerdeführer der Marktgemeinde ... mit, dass "er sich aufgrund seines immer

schlechter werdenden psychiatrischen Krankheitsbildes außer Stande gefühlt habe, der Untersuchung durch einen Sprengelarzt Folge zu leisten". Warum ihm im Speziellen die Mitwirkung an der geplanten Untersuchung am 10.12.2003 nicht möglich und zumutbar gewesen wäre bzw. warum ihm auch eine Stellungnahme (per Post, per mail,

per Telefon, per Boten, durch Angehörige, etc) unmittelbar nach Zustellung der Aufforderung zur ärztlichen Untersuchung und vor dem Untersuchungstermin nicht möglich und zumutbar gewesen wäre, führte der Beschwerdeführer nicht aus.

Erst im Zuge der am 30.01.2004 gegen den auf Einstellung der Bezüge lautenden Bescheid erhobenen Vorstellung (... Marktgemeinde ... Amt der Tiroler Landesregierung) legte

der Beschwerdeführer der Dienstbehörde erstmals ein

fachärztliches Attest ... (datiert mit 23.01.2004) vor.

Erstmals in dieser Vorstellung konkretisierte der

Beschwerdeführer sein bisheriges Vorbringen zum

eigentlichen Grund der Nichtwahrnehmung des

Untersuchungstermines bei Sprengelarzt ... dahingehend, dass ihm

die Wahrnehmung des Untersuchungstermines bei Sprengelarzt ...

nicht aus gesundheitlichen Gründen(!) (arg. bisher:

aufgrund meines immer schlechter werdenden psychiatrischen Krankheitsbildes ....) unmöglich gewesen sei, sondern von ihm der Untersuchungstermin deshalb nicht wahrgenommen wurde, 'da

ihm die Anreise zu dem Bürgermeister ... überaus nahe stehenden

Sprengelarzt unter diesen Umständen (gemeint hier: die zuletzt durchgeführte räumliche Übersiedelung des Beschwerdeführers innerhalb des Gemeindeamtes) unzumutbar gewesen sei'. Weiters führte der Beschwerdeführer aus, 'dass ihm der Besuch beim Sprengelarzt insbesondere auch deshalb unzumutbar gewesen sei, weil der Sprengelarzt im weitesten Sinn ein Gemeindeorgan - mit anderen Worten ein Hilfsorgan des

Bürgermeisters... sei '.

Eine Untauglichkeit, der Weisung zur Durchführung einer Untersuchung Folge zu leisten und eine Unzumutbarkeit, sich einer Untersuchung beim Sprengelarzt zu unterziehen, lagen nicht vor. Dem Beschwerdeführer waren die Ausübung seines Gewerbes und die Teilnahme an 'Hospiztätigkeiten' während seines Krankenstandes möglich (...).

Der Beschwerdeführer hat den Untersuchungstermin bei

Sprengelarzt ... nur aus persönlichen und nicht aus

gesundheitlichen Gründen nicht wahrgenommen. Der Beschwerdeführer musste damit rechnen, dass seine Weigerung, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, eine Bezugseinstellung zur Folge haben werde und er somit eine Leistung zu Unrecht erhält, insbesondere nach Zustellung des Schreibens vom 21.11.2003 mit dem darin enthaltenen Hinweis auf Dienstpflichtverletzung und Androhung dienstrechlicher Konsequenzen. Ihm war der Umstand bekannt, dass sein Nichterscheinen bzw. die Nichtbefolgung der Aufforderung, sich einer ärztlichen Untersuchung gem. § 25 a (2) GBG 1970 zu unterziehen, eine Dienstpflichtenverletzung darstellt und geahndet wird.

Der Beschwerdeführer war zum fraglichen Zeitpunkt weder unzurechnungsfähig noch sonst aus gesundheitlichen Gründen außerstande, der Weisung zur ärztlichen Untersuchung Folge zu leisten. Er musste schon zum Zeitpunkt des Empfanges der Gehaltszahlung im Dezember 2003 und im Jänner 2004 damit rechnen, dass seine Verweigerung, sich ärztlicher Untersuchung zu unterziehen, mit Bezugseinstellung geahndet wird und war bei der Empfangnahme daher nicht im guten Glauben.

..."

Zur Abweisung der oben wiedergegebenen Beweisanträge des Beschwerdeführers führte der Gemeinderat der mitbeteiligten Marktgemeinde aus, diese stellten darauf ab, unter Beweis zu stellen, dass der Beschwerdeführer zum fraglichen Zeitpunkt "unzurechnungsfähig" und überzeugt gewesen sei, die Bezüge weiterhin zu Recht zu erhalten, weshalb schlechtgläubiger Empfang ausscheide. Gegenteiliges ergebe sich schon aus "dem Akt des Amtes der Tiroler Landesregierung vom 24.02.2005". Der Beschwerdeführer sei während des in Rede stehenden Zeitraumes fähig

gewesen, einer beruflichen Nebentätigkeit (Personalleasingfirma) nachzukommen und an Hospizschulungen teilzunehmen. Derartige Tätigkeiten erforderten jedoch physische und psychische Gesundheit. Der Beschwerdeführer habe zudem ein Praktikum im Wohn- und Pflegeheim Lienz absolviert. Schließlich habe er in einem Schreiben vom 29. Dezember 2003 der Dienstbehörde mitgeteilt, dass er "... in Ruhe gelassen" werden möge. Eine entsprechende Stellungnahme vor dem Untersuchungstermin wäre wohl möglich gewesen.

Spätestens ab Zustellung der Aufforderung zur Untersuchung (am 28. November 2003) habe der Beschwerdeführer ernsthaft damit rechnen müssen, dass das Nichteinfinden zum Untersuchungstermin bzw. die Nichtbefolgung dieser Aufforderung die Bezugseinstellung zur Folge habe, weil er ausdrücklich auf die einschlägigen dienstrechtlichen Konsequenzen hingewiesen worden sei, welche ihm überdies auf Grund seiner Ausbildung, seiner beruflichen Qualifikation und seiner Rechtskenntnisse bekannt gewesen seien (wird näher ausgeführt).

Gegen diesen Bescheid er hob der Beschwerdeführer neuerlich Vorstellung an die belangte Behörde. Darin machte er geltend, die Bescheidbegründung, er habe seine Vorstellung vom 30. Jänner 2004 nur auf die Unzumutbarkeit der ärztlichen Untersuchung wegen Nahebeziehung des Arztes zum Bürgermeister gestützt, sei mutwillig und aus dem Zusammenhang gerissen. In der gesamten Vorstellung habe er dargelegt, er sei zufolge der ständigen Mobbingattacken in einer psychisch derart katastrophalen Situation gewesen, dass ihm die Teilnahme an ärztlichen Untersuchungen aus gesundheitlichen Gründen unzumutbar gewesen sei. Vor diesem Hintergrund sei die Dienstbehörde keinesfalls berechtigt gewesen, über seine Beweisanträge vom 26. September 2005 hinwegzugehen.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 27. Juli 2006 wurde diese Vorstellung als unbegründet abgewiesen.

Nach Wiedergabe des Verfahrensganges sowie der angewendeten Gesetzesbestimmungen führte die belangte Behörde aus, der gute Glaube beim Empfang der Leistung sei nach der Rechtsprechung schon dann nicht anzunehmen, wenn der Leistungsempfänger - nicht nach seinem subjektiven Wissen, sondern objektiv beurteilt - an der Rechtmäßigkeit der ihm ausbezahlten Leistung auch nur Zweifel hätte haben müssen. Vorliegendenfalls ergebe sich aus dem Aufforderungsschreiben der mitbeteiligten Marktgemeinde vom 21. November 2003, welches am 28. November 2003 als zugestellt gelte, dass der Beschwerdeführer auf die Folgen der Missachtung der Dienstanweisung hingewiesen worden sei. Eine weitere derartige Belehrung sei am 15. Dezember 2003 ergangen. Aus diesen Schreiben ergebe sich, dass der Beschwerdeführer rechtzeitig vor Erhalt der gegenständlichen Bezüge davon informiert worden sei, dass ein Nichteinfinden beim Amtsarzt dienstrechtliche Konsequenzen nach sich ziehe. Subjektive Kriterien spielten dabei keine Rolle.

Der tatsächliche gesundheitliche Zustand des Beschwerdeführers sei jedoch von Bedeutung, um festzustellen, ob der Aufforderung zur Untersuchung habe Folge geleistet werden können. Den in der Vorstellung wiederholten Ausführungen des Beschwerdeführers in seinem Beweisantrag vom 26. September 2005 hielt die belangte Behörde die Absolvierung von Praktika im Rahmen der Hospizausbildung entgegen. Auch dem Vorwurf, die Dienstbehörde habe sich über diesen Beweisantrag hinweggesetzt, könne nicht gefolgt werden, weil zum Gesundheitszustand des Beschwerdeführers ohnedies das Gutachten Drs. T vorliege, welches sich auch nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers mit dem Befund Drs. H vom 23. Jänner 2004 decke. Aus diesem Gutachten ergebe sich jedoch nicht, dass es dem Beschwerdeführer unmöglich gewesen sei, an einer gemäß § 25a GBG vorgeschriebenen ärztlichen Untersuchung mitzuwirken. Im Hinblick auf die in Rede stehende Hospizausbildung, welche der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 27. November 2003 bis 4. Dezember 2003 absolviert habe, liege auch "Unzurechnungsfähigkeit" nicht vor.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer macht inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides mit dem Antrag geltend, ihn aus diesem Grunde aufzuheben.

Die belangte Behörde und die mitbeteiligte Marktgemeinde erstatteten Gegenschriften, in welchen die Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt wurde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§§ 25 und 25a GBG idF LGBI. Nr. 2/2003 lauten:

"§ 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.

## § 25a

### Ärztliche Untersuchung

(1) Bestehen berechtigte Zweifel an der für die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben erforderlichen körperlichen oder geistigen 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 Abständen von längstens drei Monaten zu erteilen."

Gemäß § 30 Abs. 1 GBG in der Fassung dieser Bestimmung vor und nach der Novelle LGBI. Nr. 55/2005 gelten für die Besoldungsansprüche der Beamten, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften für Landesbeamte sinngemäß.

Gemäß § 2 lit. c LBG (in allen zwischen 11. Dezember 2003 und der Erlassung des angefochtenen Bescheides in Kraft gestandenen Fassungen) findet auf das Dienstverhältnis der (Tiroler) Landesbeamten das GehG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. Nr. 677/1978, mit Ausnahme hier nicht interessierender Abweichungen Anwendung.

§ 13a Abs. 1 GehG in der Fassung dieses Absatzes nach dem BundesgesetzBGBI. Nr. 109/1966 lautet:

"§ 13 a. (1) Zu Unrecht empfangene Leistungen (Übergenüsse) sind, soweit sie nicht im guten Glauben empfangen worden sind, dem Bund zu ersetzen."

§ 108 GBG im Wesentlichen in der Stammfassung, die Paragraphenbezeichnung in der Fassung des Landesgesetzes LGBI. Nr. 2/2003, lautet (auszugsweise):

"(1) Sofern in diesem Gesetz nicht anderes bestimmt ist, entscheidet in den durch dieses Gesetz geregelten Angelegenheiten des Dienst- und Besoldungsrechtes der Gemeinderat ..."

Im Hinblick auf die im ersten Rechtsgang ergangene Vorstellungentscheidung der belangten Behörde vom 12. September 2005 ist zunächst Folgendes festzuhalten:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Bindungswirkung einer aufhebenden Vorstellungentscheidung auf die ausdrücklich geäußerte Rechtsansicht der Vorstellungsbhörde im Umfang der die Aufhebung tragenden Begründungselemente beschränkt (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 2005, Z I . 2003/17/0228). Die ausdrücklich geäußerten und tragenden Begründungselemente dieser Vorstellungentscheidung sind wie folgt zusammenzufassen:

1. Das Vorliegen von Gutgläubigkeit im Verständnis des § 13a Abs. 1 GehG steht der verfügten Rückforderung entgegen.
2. Maßgebend für die Gutgläubigkeit ist jener Zeitpunkt, in dem der Betrag in den Machtbereich des Empfängers gelangt, sohin der Zeitpunkt der Gutschreibung des Bezuges auf dem Konto des Beschwerdeführers.
- 3.

Die Frage der Gutgläubigkeit ist amtswegig zu ermitteln.

4.

Maßgeblich ist, ob der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Empfanges der Gehaltszahlungen damit rechnen musste, dass sein Verhalten tatsächlich eine Bezugseinstellung zur Folge haben werde.

5. Von Bedeutung ist auch der tatsächliche gesundheitliche Zustand des Beschwerdeführers; im Falle eines so genannten "Krankfeierns" könne keinesfalls ein guter Glaube vorliegen.

Die unter 1. überbundene Rechtsansicht dürfte im Hinblick auf § 13 Abs. 4 letzter Satz GehG i.d.F.BGBI. Nr. 318/1977 unzutreffend sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 2. Mai 2001, VwSlg. Nr. 15.602/A). Nichtsdestotrotz band es noch dem Vorgesagten die Verwaltungsbehörden und bindet (bei Überprüfung des angefochtenen Bescheides) auch den Verwaltungsgerichtshof.

Im Übrigen widersprechen die folgenden Darlegungen zur rechtlichen Beurteilung des in Streit stehenden Sachverhaltes den ausdrücklich geäußerten Auffassungen der belangten Behörde nicht.

Festzuhalten ist weiters, dass die mangelnde Gebührlichkeit des Gehalts für den hier in Rede stehenden Zeitraum bereits auf Grund der Rechtskraft des Bescheides des Gemeinderates der mitbeteiligten Marktgemeinde vom 12. Jänner 2004 feststeht.

Strittig ist lediglich, ob die (rückblickend betrachtet) zu Unrecht empfangenen Leistungen "im guten Glauben empfangen" worden sind.

Die genauen Zeitpunkte der Gutschriften der in Rede stehenden Leistungen am Gehaltskonto des Beschwerdeführers wurden von den Verwaltungsbehörden nicht festgestellt. Es wird jedoch vom Beschwerdeführer nicht bestritten, dass er vor der Auszahlung des Dezembergehaltes 2003 Kenntnis von der Aufforderung vom 21. November 2003 erlangt hatte; umgekehrt stellt auch die belangte Behörde nicht fest, dass die Gutschrift dieses Gehalts erst nach dem für 10. Dezember 2003 vorgesehenen Untersuchungstermin erfolgt wäre. Schließlich fehlen auch Anhaltspunkte dafür, dass die Auszahlung des Gehalts für Jänner 2004 schon vor dem 10. Dezember 2003 erfolgt wäre.

Zum (nach derzeitigem Stand vor dem 10. Dezember 2003 bezogenen) Dezembergehalt:

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Gutgläubigkeit des Empfanges ist - wie sich aus der in der im ersten Rechtsgang ergangenen Vorstellungentscheidung zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ergibt - der Zeitpunkt der Gutschrift des Gehalts am Konto des Beschwerdeführers.

Grundsätzlich gilt für die Beurteilung der Gutgläubigkeit des Empfanges die so genannte Theorie der objektiven Erkennbarkeit.

Guter Glaube im Sinne des § 13a Abs. 1 GehG fehlt demnach schon dann, wenn der Leistungsempfänger - nicht nach seinem subjektiven Wissen, sondern objektiv beurteilt - an der Rechtmäßigkeit der ihm ausgezahlten Leistungen auch nur Zweifel hätte haben müssen (vgl. unter vielen etwa das hg. Erkenntnis vom 17. Februar 1986, Zl. 85/12/0003). Guter Glaube fehlt nach der Rechtsprechung auch dann, wenn im Zeitpunkt der Empfangnahme zwar ein gültiger Titel bestand, der Beamte aber am Weiterbestand dieses Titels ernsthaft zweifeln musste (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. März 1993, Zl. 89/12/0062). Eine vergleichbare Überlegung kommt auch hier bei Auszahlung des Gehalts im Voraus gemäß § 7 Abs. 1 GehG zum Tragen. Auch wenn im Zeitpunkt des Empfanges der Zahlung des Dezembergehalts 2003 ein Anspruch darauf bestand, setzte Gutgläubigkeit weiters voraus, dass der Beamte keine ernsthaften Zweifel am Fortbestand der Gebührlichkeit hätte haben müssen. Solche Zweifel wären aber dann angezeigt, wenn sich der Beschwerdeführer schon bei Empfang dieser Leistung mit dem Gedanken getragen hätte, der ihm zu diesem Zeitpunkt schon zugegangenen Weisung nicht Folge zu leisten und sein Gesundheitszustand (einschließlich des Zustandes seiner psychischen Gesundheit) so beschaffen war, dass ihm der mit der genannten Weisung aufgetragene Arztbesuch auch zumutbar war. War der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers bei Empfang der Zahlung für Dezember 2003 hingegen dergestalt, dass der aufgetragene Arztbesuch unzumutbar war, beständen keine objektiven Anhaltspunkte für einen möglichen Entfall der Gebührlichkeit von Teilen des Dezembergehaltes durch die absehbare Unterlassung des Arztbesuches.

Nicht gefolgt werden kann in diesem Zusammenhang dem Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach der Entfall der Gebührlichkeit schon deshalb nicht objektiv vorhersehbar gewesen sein konnte, weil die in Rede stehende Weisung nicht von der Dienstbehörde stamme.

Wie sich aus dem Schreiben vom 21. November 2003 unzweifelhaft ergibt, wird hiernach eine Weisung der gemäß § 108 GBG zuständigen Dienstbehörde Gemeinderat intimiert. Diese Weisung beruht auch auf einem entsprechenden Gemeinderatsbeschluss. Unzumutbarkeit der dort angeordneten Untersuchung lag auch nicht etwa deshalb vor, weil die Dienstbehörde nicht sofort eine fachärztliche Untersuchung verfügt hat. Zwar sieht § 25a Abs. 2 zweiter Satz GBG vor, dass Fachärzte heranzuziehen sind, wenn es zur zuverlässigen Beurteilung erforderlich ist. Die Frage, ob die Beziehung von Fachärzten zur zuverlässigen Beurteilung erforderlich ist, stellt aber ihrerseits eine medizinische Fachfrage dar. Im Allgemeinen wird daher die Frage, ob die Heranziehung von Fachärzten erforderlich ist, erst auf Grund der Ergebnisse der Untersuchung durch einen Allgemeinmediziner feststehen (also insbesondere dann, wenn dieser eine solche für erforderlich erachtet). Selbst wenn aber die Dienstbehörde gehalten gewesen wäre, sofort einen Facharzt heranzuziehen, könnte allein daraus noch keine Unzumutbarkeit der Mitwirkung an einer mit wirksamer Weisung angeordneten Untersuchung durch einen Allgemeinmediziner abgeleitet werden.

Ungeachtet der oben umschriebenen "Theorie der objektiven Erkennbarkeit" setzt ein Rückforderungsverfahren nach § 13a GehG und die dafür erforderliche Verneinung des "guten Glaubens" nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. Mai 1989, Zl. 88/12/0067, und vom 21. Oktober 1991, Zl. 90/12/0324), jeweils die Geschäftsfähigkeit des Beamten im Zeitpunkt des Zahlungsempfanges voraus. Die zitierte Vorjudikatur gebraucht diesen Begriff offenbar im Verständnis des Zivilrechts. Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, sind - auch ohne Bestellung eines Sachwalters - geschäftsunfähig. Dafür bedarf es grundsätzlich vollkommener Unfähigkeit, die Bedeutung rechtsgeschäftlicher Handlungen zu erkennen, also Geisteskrankheit oder Geistesschwäche (vgl. hiezu Rummel in Rummel I3, Kommentar zum ABGB, Rz 3 zu § 865). Sollte sich der Beschwerdeführer daher im Zeitpunkt des Empfanges der Zahlung des Dezembergehaltes in einem solchen Zustand befunden haben, so läge nach der zitierten Judikatur von vornherein Gutgläubigkeit vor.

Zum Jännergehalt:

Entsprechendes gilt zunächst für den Geisteszustand im Zeitpunkt des Empfanges der Zahlung des Gehalts für Jänner 2004. Die "objektive Erkennbarkeit" eines mit 11. Dezember 2003 eingetretenen Entfalls der Gebührlichkeit von Gehalt setzte (neben dem Fehlen von Geschäftsunfähigkeit) aber auch voraus, dass der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers bei objektiver Betrachtung am 10. Dezember 2003 (und auch in der Folge bis zum Erhalt dieser Zahlung) der Zumutbarkeit des Besuches des Sprengelarztes nicht entgegen stand. Die Fortdauer der Rechtsvermutung einer ungerechtfertigten Abwesenheit vom Dienst bis zur Aufgabe der Weigerung, an einer ärztlichen Untersuchung mitzuwirken, setzt nämlich auch die Fortdauer der Zumutbarkeit der Mitwirkung an einer solchen ärztlichen Untersuchung voraus.

Im Hinblick auf eine diesbezügliche Argumentation im Bescheid der belagten Behörde ist auch darauf zu verweisen, dass sich dem GBG keine Anordnung entnehmen lässt, wonach die Weigerung der Mitwirkung selbst an einer unzumutbaren ärztlichen Untersuchung die Rechtsfolge des § 25 Abs. 2 letzter Satz leg. cit. auslöste, wenn und solange es der Beamte unterlässt, die Unzumutbarkeit im Wege einer (begründeten) Entschuldigung darzulegen.

Bei fehlender Geschäftsunfähigkeit wäre die (sonstige) Frage der subjektiven Fähigkeit, die für die Gebührlichkeit maßgeblichen Rechtsfragen zu durchblicken und der dafür relevante Gesundheitszustand aber bedeutungslos.

Vor diesem Hintergrund war die Dienstbehörde aber nicht berechtigt, die Beweisanträge des Beschwerdeführers in seiner Eingabe vom 26. September 2005 abzuweisen:

Zunächst lässt weder die von den Verwaltungsbehörden festgestellte Teilnahme des Beschwerdeführers an "Hospiztätigkeiten" noch der Fortbestand einer gewerblichen Tätigkeit (Berechtigung) im Bereich der Überlassung von Arbeitskräften zwingend auf dessen psychische Gesundheit (Abwesenheit einer die Geschäftsfähigkeit ausschließenden Geisteskrankheit oder Geistesschwäche) bzw. auf die aus dem Gesichtspunkt seiner psychischen Verfassung beurteilte Zumutbarkeit der Aufsuchung des von der Dienstbehörde namhaft gemachten Sprengelarztes schließen, ohne dass die dazu gestellten Beweisanträge überhaupt behandelt werden müssten.

Die von der Dienstbehörde weiters gebrauchte Argumentation, der Beschwerdeführer habe seinen eigenen Behauptungen nach die Aufsuchung des Sprengelarztes nicht aus gesundheitlichen Gründen unterlassen, ist im Hinblick auf sein oben wiedergegebenes Vorbringen in der Eingabe vom 30. Jänner 2004 offenbar unzutreffend.

Schließlich durfte die Durchführung der beantragten Beweise auch nicht - wie die belagte Behörde meint - im Hinblick

auf das in den Verwaltungsakten bereits erliegende Gutachten Drs. T unterbleiben. Zwar trifft es zu, dass dieses Gutachten, welches für sich genommen den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers im Mai 2005 unter dem Gesichtspunkt der Dienstfähigkeit untersucht, keinen Hinweis auf paranoide Ideen, Halluzinationen oder eine Beeinträchtigung der Hirnleistung enthält und überdies eine intellektuelle Begabung im Normbereich aufzeigt, weshalb es für das Bestehen von Geschäftsfähigkeit in diesem Zeitpunkt sprechen könnte. Es wird auch nicht verkannt, dass sich in dem genannten Gutachten der - vage - Hinweis findet, dass sich das nicht im Akt befindliche "Attest des Dr. H" inhaltlich mit den "obigen Ausführungen" deckt. Damit besteht zwar ein wenig präziser Anhaltspunkt dafür, dass auch Dr. H anlässlich der zeitnah zu der hier strittigen Beurteilungsperiode durchgeführten Befundaufnahme zum Ergebnis des Vorliegens von Geschäftsfähigkeit gelangt sein könnte. Dieser anhand des Gutachtens Drs. T allenfalls nahe liegende Schluss vermag jedoch eine beantragte Einvernahme des Dr. H als Zeuge, die Einholung der detaillierten Krankengeschichte sowie eine schlüssig begründete gutächtliche Beurteilung der Frage der Geschäftsfähigkeit im hier strittigen Zeitraum nicht zu ersetzen.

Dies gilt umso mehr für die Frage der - aus psychiatrischer Sicht beurteilten - Zumutbarkeit und Möglichkeit, den von der Dienstbehörde bezeichneten Arzt zwecks Gutachtenserstattung aufzusuchen, zumal sich dazu aus dem Gutachten Drs. T keine zwingenden Schlüsse ableiten lassen.

Indem die belangte Behörde ungeachtet der oben aufgezeigten Mängel des vor der Dienstbehörde abgewickelten Verfahrens die Vorstellung des Beschwerdeführers abwies, anstatt diese Mängel aufzugreifen und entweder durch eigene Ermittlungen zu beheben oder zum Anlass zu einer Zurückverweisung der Rechtssache an die mitbeteiligte Gemeinde zu nehmen, belastete sie ihren Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, sodass dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 13. September 2007

#### **Schlagworte**

Besondere Rechtsgebiete

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2007:2006120159.X00

#### **Im RIS seit**

13.11.2007

#### **Zuletzt aktualisiert am**

14.11.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

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