

# TE Vwgh Erkenntnis 2017/9/13 Ra 2017/12/0003

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.09.2017

## Index

L22003 Landesbedienstete Niederösterreich  
001 Verwaltungsrecht allgemein  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)  
10/07 Verwaltungsgerichtshof  
40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

AVG §56  
B-VG Art133 Abs4  
B-VG Art20 Abs1  
DPL NÖ 1972 §27  
DPL NÖ 1972 §31 Abs2  
DPL NÖ 1972 §36 Abs2  
VwGG §28 Abs3  
VwGG §34 Abs1  
VwGG §34 Abs1a  
VwGG §42 Abs2 Z1  
VwRallg

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Köhler, Hofrat Dr. Zens, Hofräatin Mag.a Nussbaumer-Hinterauer, Hofrat Mag. Feiel und Hofräatin MMag. Ginthör als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Artmann, über die außerordentliche Revision des Ing. J S in D, vertreten durch Dr. Peter Ringhofer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Franz Josefs Kai 5, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 21. November 2016, Zi. LVwG-AV-1039/001-2016, betreffend Feststellungsanträge i.A. Weisungen (vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich belangte Behörde: Niederösterreichische Landesregierung),

## Spruch

I. den Beschluss gefasst:

Soweit sich die Revision gegen die Spruchpunkte 1. und 2. des angefochtenen Erkenntnisses richtet, wird sie zurückgewiesen.

II. zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird in seinen Spruchpunkten 3. bis 6. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

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

### **Begründung**

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

2 Mit Schreiben der Niederösterreichischen Landesregierung vom 20. Juni 2016 wurden ihm folgende Weisungen erteilt:

„1. In Hinblick auf die im amtsärztlichen Gutachten von Dr. X vom 20. Juni 2016 attestierte Dienstfähigkeit werden Sie aufgefordert, sich sofort bei Ihrer Dienststelle ... zum Dienstantritt zu melden.

2. Sie haben Ihre physikalischen Therapien zeitlich so zu gestalten, dass diese (inklusive Anfahrt bzw. Rückfahrt) außerhalb der Dienstzeit stattfinden.

3. Sie haben jede weitere krankheitsbedingte Dienstverhinderung durch ein entsprechendes amtsärztliches Gutachten der Amtsärzte der Abteilung Gesundheitswesen beim Amt der NÖ Landesregierung (Haus 15b, Zimmer 314) ab dem ersten Tag der Dienstverhinderung nachzuweisen. Sollten Sie aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sein, den Amtsarzt persönlich aufzusuchen, ist eine Bestätigung der ‚Transportunfähigkeit‘ von Ihrem Arzt (Hausarzt, Facharzt, ..) vorzulegen.“

3 Mit Schreiben vom 30. Juni 2016 beantragte der Revisionswerber die bescheidmäßige Absprache darüber, inwieweit die „Weisung“ vom 20. Juni 2016 eine Befolgungspflicht ausgelöst habe und inwieweit sie rechtskonform oder rechtswidrig sei.

4 Mit Bescheid der Niederösterreichischen Landesregierung vom 26. August 2016 wurde festgestellt, dass die Befolgung der genannten Weisungen zu den Dienstpflichten des Revisionswerbers zähle.

5 Demgegenüber wurde sein Antrag vom 30. Juni 2016, soweit er sich auf die Feststellung bezog, inwieweit die Weisung rechtskonform oder rechtswidrig sei, abgewiesen.

6 In Ansehung des Punktes 1. dieser Weisung legte die Dienstbehörde in ihrem Bescheid mit näherer Begründung dar, weshalb der Revisionswerber im Zeitpunkt der Weisungserteilung dienstfähig gewesen sei.

7 In Ansehung des Punktes 2. dieser Weisung führte die Dienstbehörde aus, der Revisionswerber sei nicht als „krank“ im Sinne einer vorliegenden Dienstunfähigkeit anzusehen. Zwar leide er unter körperlichen Beschwerden, jedoch sei dadurch noch keine Dienstunfähigkeit gegeben, welche eine Abwesenheit vom Dienst zwecks Absolvierung von Therapiebehandlungen rechtfertigen könnte. Ein amtsärztliches Gutachten des Dr. X vom 20. Juni 2016 sei zum Ergebnis gelangt, dass die physikalische Therapie - auch unter Berücksichtigung der Öffnungszeiten der physikalischen Institute - im Nahebereich der Dienststelle des Revisionswerbers durchgeführt werden könne. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, bestehe die Möglichkeit der Gewährung von Sonderurlaub für Therapiezwecke.

8 In Ansehung des Punktes 3. der Weisung berief sich die Dienstbehörde auf ihre aus § 36 Abs. 2 der Dienstpragmatik der Landesbeamten 1972, LGBI. 2200 (im Folgenden: DPL 1972) abzuleitende Befugnis, eine ärztliche Untersuchung zur Prüfung des Gesundheitszustandes eines infolge Krankheit vom Dienst abwesenden Beamten anzuordnen. Auch gestatte die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei Vorliegen hinreichender Gründe die Erteilung einer generellen Weisung bei Dienstverhinderung durch Krankheit stets schon am ersten Tage eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, wie sich aus dem hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2001, 98/12/0139, ergebe. Im Falle der Unfähigkeit zum Aufsuchen des Amtsarztes sei diese durch eine Bestätigung eines Hausarztes bzw. Facharztes nachzuweisen.

9 Zur Abweisung des Antrages, soweit er die Rechtmäßigkeit der Weisungen betrifft, berief sich die Dienstbehörde auf das hg. Erkenntnis vom 6. September 1995, 95/12/0002, wonach kein Recht des Beamten zur Prüfung einer Weisung auf ihre Rechtmäßigkeit bestehe.

10 Gegen diesen Bescheid erhob der Revisionswerber Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich.

11 Mit Spruchpunkt 1. des angefochtenen Erkenntnisses wurde die Beschwerde gegen die Feststellung des Bestehens der Befolgungspflicht in Ansehung des Punktes 1. der Weisung, mit Spruchpunkt 2. des angefochtenen Erkenntnisses jener in Ansehung des Punktes 2. der Weisung und mit Spruchpunkt 3. des angefochtenen Erkenntnisses jener in Ansehung des Punktes 3. der Weisung abgewiesen.

12 Mit den Spruchpunkten 4.-6. des angefochtenen Erkenntnisses wurde die Abweisung der Anträge auf Feststellung betreffend die Rechtmäßigkeit der Punkte 1.-3. der Weisung bestätigt.

13 Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich sprach aus, dass die Revision aus dem Grunde des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.

14 In den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses ging das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zunächst davon aus, dass die von der Niederösterreichischen Landesregierung getroffene Feststellung, wonach die Befolgung der in Rede stehenden Weisung zu den Dienstpflichten des Revisionswerbers zähle, zulässig sei und die Befolgungspflicht der Weisung betreffe. In diesem Zusammenhang habe lediglich eine „Grobprüfung“ der in Rede stehenden Weisung auf „Willkür“ zu erfolgen.

15 Sodann legte das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich dar, aus welchen Gründen es Punkt 1. der in Rede stehenden Weisung nicht als mit Willkür belastet erachtete.

16 Zu den Punkten 2. und 3 der in Rede stehenden Weisung führte es Folgendes aus:

„Zu Spruchpunkt 2:

Einleitend ist festzuhalten, dass der Dienstbehörde bei gesetzeskonformer Interpretation ihrer Weisung nur der im Anordnungszeitpunkt aufgrund der Gutachtenlage zu erwartende Typus von - nicht dringenden - physikalischen Therapien als Weisungsgegenstand zugeschlagen werden kann, wohingegen dem Vorgesetzten im gedachten Anlassfall einer davon abweichend dringenden Behandlungsnotwendigkeit Raum zur Würdigung als gerechtfertigte Dienstabwesenheit bleiben soll. Vor diesem Hintergrund ist die Grobprüfung auf Willkür auf den demnach einzig weisungsgegenständlichen Annahmefall nicht dringender Physiotherapien einzuschränken. Das Gutachten enthält zu den in seinem Erstellungszeitpunkt typisch zu erwartenden physikalischen Therapien die Aussage, dass diese am Dienstort außerhalb der Dienstzeit möglich sind. Der Beschwerdeeinwand hinsichtlich behaupteter Ruhezeiten nach den einzelnen Therapien wäre nur im Rahmen einer hier nicht gebotenen Feinprüfung auf seine Relevanz im Hinblick auf die vom Gutachter aufgezeigten abendlichen Öffnungszeiten der Institute zu prüfen.

Es liegt daher keine Willkür vor.

Dazu wird angemerkt, dass ein Vorgesetzter der Rechtsprechung zufolge aus Anlass seiner Entscheidung über die ihm vorgelegene Dienstverhinderungsmeldung bzw. das Ansuchen eines Beamten um Dienstfreistellung für einen Arzttermin zu ermitteln hat, ob die begehrte Dienstabwesenheit gerechtfertigt ist oder nicht. Dies erfordert, dass die medizinische und die terminliche Seite dieses Arztbesuches etwa durch (auf kurzem Wege vorgenommene) Befragung des behandelnden Arztes oder des Beamten geprüft wird (VwGH 06.06.2001, 98/09/0317). Die Feinprüfung, inwieweit diese Rechtsprechung zu einem Arzttermin auf den hier angenommenen Fall zukünftig zu erwartender physikalischer Therapietermine übertragbar ist, ist hier nicht vorzunehmen.

Zu Spruchpunkt 3:

Eine Weisung, bei Dienstverhinderungen durch Krankheit stets schon am ersten Tag eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, ist nach der Rechtsprechung zur vergleichbaren Rechtslage im Bundesdienstrecht zulässig, wenn hinreichende Gründe dafür vorliegen (VwGH 26.05.1999, 93/12/0320).

Im vorliegenden Fall liegen in der Person des Beschwerdeführers unstrittig sowohl erhebliche Krankenstände als auch eine Bezugseinstellung wegen ungerechtfertigter Dienstabwesenheit und zusätzlich dienstrechtliche Differenzen über die Zulässigkeit einer konkreten Nebenbeschäftigung während dieser erheblichen Krankenstände vor. Vor diesem Hintergrund kann vom Fehlen hinreichender Gründe für die gerügte Weisung keine Rede sein.

Es liegt daher keine Willkür vor.

Angemerkt wird, dass in der Rechtsprechung die individuelle Weisung der Dienstbehörde, sich bei jedem Krankenstand kurzfristig einer Untersuchung bei einem im Vorhinein konkretisierten Arzt zu unterziehen, im Rahmen

einer - hier nicht gebotenen - disziplinarrechtlichen Feinprüfung nicht beanstandet wurde (VwGH 19.11.1997, 96/09/0031).

Zum Gesamtbild des Verhaltens der Dienstbehörde:

Wie in den ausgeführten Einzelbeurteilungen kann das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich auch in der Gesamtbeurteilung keine Willkür feststellen.“

17 Schließlich heißt es zu den Spruchpunkten 4. bis 6. des angefochtenen Erkenntnisses:

„Zu den Spruchpunkten 4. bis 6: Feststellung der (Un)Rechtmäßigkeit der drei Weisungen:

Der Rechtsprechung zufolge kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens auch die ‚schlichte‘ Rechtswidrigkeit der Weisung sein, also eine solche, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt; ein Recht auf eine solche bescheidmäßige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (VwGH 27.9.2011, 2010/12/0184). Ein subjektives Recht des Einzelnen, also auch des Beamten, auf Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kann aus Art 18 Abs. 1 B-VG nicht abgeleitet werden.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer sowohl seinen verfahrenseinleitenden Antrag auf Feststellung der Unrechtmäßigkeit der gegenständlichen Weisungen als auch die Beschwerde gegen dessen Abweisung auf das gleiche Vorbringen stützt wie seinen Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit der Weisungsinhalte zum Kreis der Dienstpflichten. Damit vermag er jedoch nicht ein subjektives Recht aufzuzeigen, in dem er durch die Weisungen auf eine Art und Weise verletzt worden sein könnte, die einem Feststellungsverfahren zugänglich wäre. Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat daher keine Veranlassung, die von der belangten Behörde vertretene Rechtsansicht, der zufolge der Beschwerdeführer keinen subjektiven Rechtsanspruch auf die beantragten Feststellungen habe, zu beanstanden. Die belangte Behörde wäre daher zur Zurückweisung dieser drei rechtlich trennbaren Anträge berechtigt gewesen, konnte den Beschwerdeführer durch die Abweisung dieser Anträge jedoch nicht in seinen subjektiven Rechten verletzen.“

18 Die Revision sei gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil das vorliegende Erkenntnis nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweiche, noch es an einer solchen Rechtsprechung fehle. Schließlich sei die bestehende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

19 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die außerordentliche Revision vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Revisionswerber erklärt, das Erkenntnis zur Gänze anzufechten und macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, es aus diesen Gründen aufzuheben.

20 Die Niederösterreichische Landesregierung erstattete eine Revisionsbeantwortung, in welcher sie die Zurückweisung der Revision, hilfsweise deren Abweisung als unbegründet beantragt.

21 § 31 Abs. 1 bis 4 DPL 1972 idF LGBI. 2200-78 lautet:

„§ 31

Abwesenheit vom Dienst

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

(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.

(3) Wenn die Abwesenheit vom Dienst weder durch Krankheit oder andere zwingende Umstände gerechtfertigt, noch als Erholungsurlaub gemäß § 41 oder Sonderurlaub gemäß § 44 bewilligt ist, aber noch nicht länger als einen Tag gedauert hat, hat der Beamte die versäumte Dienstleistung - unvorgreiflich der disziplinären Ahndung - nach Weisung seines Vorgesetzten binnen einer Woche nachzuholen.

(4) Hat eine ungerechtfertigte Abwesenheit vom Dienst länger als einen Tag gedauert oder war der Beamte durch Haft, ausgenommen Untersuchungshaft, an der Dienstleistung verhindert, so verliert er für diese Zeit den Anspruch auf seine Bezüge und Nebengebühren. Der Dienststellenleiter kann an Stelle des Geldleistungsentfaltes die Anrechnung der versäumten Diensttage auf den noch nicht verbrauchten Erholungsurlaub bewilligen, wenn dies aus sozialen Gründen geboten erscheint. Den schuldlosen Angehörigen eines in Haft befindlichen Beamten gebührt ab dem auf den Geldleistungsentfall folgenden Monatsersten ein Versorgungsgeld sinngemäß nach § 89 Abs. 2 und 11.“

22 § 36 DPL 1972 idF LGBI. 2200-78 lautet:

„§ 36

#### Ärztliche Untersuchung

(1) Bestehen berechtigte 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.“

23 Den folgenden Erwägungen zur Zulässigkeit bzw. zur inhaltlichen Berechtigung der Revision ist voranzustellen, dass Gegenstand eines Weisungen betreffenden Feststellungsverfahrens einerseits die Frage sein kann, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstpflichten des Beamten gehört, das heißt, ob er verpflichtet ist, diese Weisung zu befolgen. Eine Pflicht zur Befolgung einer Weisung ist zu verneinen, wenn einer der in Art. 20 Abs. 1 dritter Satz B-VG genannten Tatbestände vorliegt, wenn die Weisung entgegen § 27 DPL 1972 nicht schriftlich erteilt wurde oder wenn ihre Erteilung gegen das Willkürverbot verstößt. Andererseits kann Gegenstand eines Feststellungsverfahrens aber auch die „schlichte“ Rechtswidrigkeit der Weisung sein, also eine, die die Pflicht zu ihrer Befolgung nicht berührt; ein Recht auf eine solche bescheidförmige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 27. September 2011, 2010/12/0184, bzw. jenes vom 30. Mai 2017, Ra 2016/12/0066).

24 Die Feststellung, wonach die Befolgung einer Weisung nicht zu den Dienstpflichten eines Beamten zähle, bedeutet (ausschließlich), dass in Ansehung der Weisung keine Befolgungspflicht besteht. Der Befolgungspflicht steht die Unwirksamkeit der Weisung entgegen (vgl. hiezu etwa das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2011, 2010/12/0157).

25 Aus dem im dienstbehördlichen Bescheid ins Treffen geführten - nicht zur DPL 1972 ergangenen - hg. Erkenntnis vom 6. September 1995, 95/12/0002, welches die inhaltliche Gestaltung von Arbeitsplatzaufgaben betrifft, kann für den vorliegenden Fall nichts Gegenteiliges entnommen werden (vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere auch das hg. Erkenntnis vom 17. Oktober 2008, 2007/12/0049, mit welchem ausdrücklich ältere Rechtsprechung zum Bedeutungsgehalt von Feststellungen betreffend der Zugehörigkeit von Weisungen zum „Kreis der Dienstpflichten“ eines Bundesbeamten aufgegeben wurde).

I. Zur Zulässigkeit der Revision, soweit sie sich gegen die Spruchpunkte 1. und 2. des angefochtenen Erkenntnisses richtet:

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

27 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Hat das Verwaltungsgericht - wie im gegenständlichen Fall - ausgesprochen, dass die Revision nicht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist, hat die Revision gemäß § 28 Abs. 3 VwGG auch gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

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

29 In Ansehung des Spruchpunktes 1. des angefochtenen Erkenntnisses bringt der Revisionswerber in der Zulassungsbegründung lediglich vor, in diesem Zusammenhang seien Verfahrensgrundsätze „schwerwiegend verletzt“ worden und verweist auf die Ausführung der Revision.

30 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes reicht aber eine nicht weiter substantiierte Behauptung des Vorliegens von Verfahrensmängeln nicht aus, um eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufzuzeigen, von deren Lösung das rechtliche Schicksal der Revision abhängt. Der bloße Verweis auf die in den Revisionsgründen enthaltenen Ausführungen vermag den Anforderungen des § 28 Abs. 3 VwGG, wonach eine außerordentliche Revision auch gesondert die Gründe zu enthalten hat, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird, nicht zu genügen (vgl. hiezu den hg. Beschluss vom 18. Februar 2015, Ra 2015/12/0009 mwH).

31 Im Übrigen wird auch in der Ausführung der Revision nicht dargetan, welche Relevanz den dort gerügten Verfahrensmängeln für die hier vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich allein getroffene Beurteilung, ob die in Rede stehende Weisung infolge „Willkür“ nicht zu befolgen sei, überhaupt zukommt. Das Revisionsvorbringen in diesem Zusammenhang zielt im Ergebnis darauf ab, dass eine Feinprüfung des Sachverhaltes die Dienstunfähigkeit des Revisionswerbers ergeben hätte.

32 In Ansehung des Spruchpunktes 2. des angefochtenen Erkenntnisses vertritt der Revisionswerber die Auffassung, Punkt 2. der Weisung vom 20. Juni 2016 beinhalte insofern ein Willkürelement, als dem Revisionswerber eine generelle Anordnung, physikalische Therapien außerhalb der Dienstzeit zu absolvieren, erteilt worden sei, ohne auf (künftig eintretende) Ausnahmefälle Bedacht zu nehmen.

33 Dem genügt es aber, die Argumentation des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich entgegenzuhalten, wonach bei gesetzeskonformer Interpretation der Weisung nur der im Anordnungszeitpunkt auf Grund der Gutachtenslage zu erwartende Typus von - nicht dringenden - physikalischen Therapien als Weisungsgegenstand betrachtet werden kann. Diese einzelfallbezogene Auslegung der Wortfolge „ihre physikalischen Therapien“ in Punkt 2. der Weisung ist jedenfalls vertretbar und wirft unabhängig von der Frage ihrer Richtigkeit keine grundsätzliche Rechtsfrage auf.

34 Wenn die Zulassungsbegründung eine „Verstärkung“ der Wirkungen des Punktes 2. der Weisung durch ihren Punkt 3. befürchtet, ist ihr entgegenzuhalten, dass in Ansehung des zuletzt genannten Punktes, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ohnedies keine Befolgungspflicht der Weisung besteht.

35 Soweit der Revisionswerber darüber hinaus die Frage aufwirft, ob eine abstrakte Befugnis von Vorgesetzten besteht, zur Frage der Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Therapien während der Dienstzeit Weisungen zu erlassen, womit er im Ergebnis die die Befolgungspflicht berührende abstrakte Zuständigkeit zur Weisungserteilung hinterfragt, ist ihm Folgendes entgegenzuhalten:

36 Nur dort, wo das Dienstrecht überhaupt keine Rechtsgrundlage für eine Anordnung bietet, das heißt, wenn keine Dienstpflcht des untergeordneten Beamten besteht, die der Vorgesetzte mit seiner Weisung denkbarerweise konkretisieren könnte, kann ein Vorgesetzter nicht einmal „abstrakt“ zuständig sein (vgl. hiezu das zur Rechtslage für Bundesbeamte ergangene hg. Erkenntnis vom 27. Juni 2012, 2011/12/0172). Die vorliegende Weisung stellt aber eine denkmögliche Konkretisierung der aus § 30a DPL 1972 ableitbaren Verpflichtung des Beamten, die vorgeschriebene Dienstzeit einzuhalten, dar, sodass das vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erzielte Ergebnis keine unzutreffende Anwendung der oben aufgezeigten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darstellt.

37 Aus diesen Erwägungen war die Revision, soweit sie sich gegen die Spruchpunkte 1. und 2. des angefochtenen Erkenntnisses richtet, in einem nach § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen.

## II. Zur Revision gegen Spruchpunkt 3. des angefochtenen Erkenntnisses:

38 Im Zusammenhang mit diesem Spruchpunkt wirft der Revisionswerber in seiner Zulassungsbegründung

erkennbar gleichfalls die Frage auf, ob die hier maßgebliche Gesetzeslage gemäß § 31 Abs. 2 und § 36 Abs. 2 DPL 1972, die Dienstbehörde zur hier vorgenommenen „Verstärkung“ der aus dem Gesetz selbst abzuleitenden Dienstpflichten des infolge Krankheit vom Dienst abwesenden Beamten ermächtigt. Das Verlangen nach der Vorlage eines Gutachtens eines Sachverständigen aus einem näher umschriebenen Kreis von Amtsärzten entbehre einer gesetzlichen Grundlage.

39 Mit diesem Vorbringen zeigt der Revisionswerber auf, dass die Revision gegen Spruchpunkt 3. des angefochtenen Erkenntnisses entgegen der den Verwaltungsgerichtshof nicht bindenden Rechtsauffassung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich zulässig und auch berechtigt ist:

40 Aus dem oben unter Rz 23 Gesagten folgt, dass der vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich mit dem angefochtenen Spruchpunkt bejahten Befolgungspflicht des betreffenden Weisungspunktes nicht nur „Willkür“ des weisungserteilenden Vorgesetzten, sondern auch das Fehlen seiner abstrakten Zuständigkeit zur Regelung des diesbezüglichen Verhaltens durch Weisung entgegen stünde.

41 Die letztere Fallkonstellation liegt nach dem bereits oben zitierten hg. Erkenntnis vom 27. Juni 2012, 2011/12/0172, insbesondere dann vor, wenn das Dienstrecht überhaupt keine Rechtsgrundlage für eine Anordnung bietet, eine Dienstpflicht des untergeordneten Beamten zu konkretisieren.

42 Die hier zu beurteilenden Bestimmungen des § 31 Abs. 2 und des § 36 Abs. 2 DPL 1972 sind nun dadurch charakterisiert, dass sie dem wegen Krankheit vom Dienst abwesenden Beamten einerseits konkret umschriebene gesetzliche Verpflichtungen auferlegen und andererseits die Behörde in konkret umschriebenen Fällen ermächtigen, den damit zusammenhängenden Pflichtenkreis des Beamten durch Weisungen zu erweitern. So besteht die abstrakte Befugnis der Dienstbehörde, vom Beamten einen Nachweis der Dienstverhinderung durch Krankheit durch ein „ärztliches Zeugnis“ auch dann zu verlangen, wenn die Abwesenheit vom Dienst noch nicht länger als drei Tage gedauert hat, bzw. auch nach erfolgter Vorlage eines solchen Zeugnisses im weiteren Verlauf des Krankenstandes die Vorlage weiterer solcher Zeugnisse zu begehren. Aus § 36 Abs. 2 DPL 1972 folgt wiederum ihre abstrakte Befugnis, durch Weisung eine ärztliche Untersuchung des Beamten anzuordnen, wobei die Auswahl des Arztes der Dienstbehörde freisteht. Weisungen der erstgenannten Art waren Gegenstand des vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ins Treffen geführten hg. Erkenntnisses vom 26. Mai 1999, 93/12/0320, Weisungen der zuletzt genannten Art Gegenstand der von der Dienstbehörde bzw. vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich ins Treffen geführten hg. Erkenntnisse vom 19. November 1997, 96/09/0031, und vom 19. Dezember 2001, 98/12/0139). In all diesen Fällen kam der Dienstbehörde - unabhängig von der Frage der Rechtmäßigkeit bzw. Willkür ihres Vorgehens - auf Grund der den §§ 31 Abs. 2 und 36 Abs. 2 DPL 1972 entsprechenden bundesrechtlichen Bestimmungen die abstrakte Zuständigkeit zur Weisungserteilung zu.

43 Die hier gegenständliche Weisung kann aber nicht als bloße Anordnung einer ärztlichen Untersuchung schon am ersten Krankenstandstag (wozu § 36 Abs. 2 DPL 1972 jedenfalls abstrakt ermächtigen würde) gewertet werden, wurde doch hier dem Revisionswerber nicht angeordnet, sich einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen, sondern seine Dienstabwesenheit durch das Gutachten eines Amtsarztes zu rechtfertigen.

44 Ebenso wenig kann eine abstrakte Befugnis zu einer solchen Anordnung aus § 31 Abs. 2 DPL 1972 abgeleitet werden, weil dem Revisionswerber nicht bloß die Vorlage eines „ärztlichen Zeugnisses“ im Verständnis dieser Gesetzesbestimmung schon am ersten Tag seines Krankenstandes abverlangt wurde, sondern jene eines „amtsärztlichen Gutachtens“. Der Verpflichtung zur Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses kommt der Beamte schon dann nach, wenn er eine ärztliche Bescheinigung über seine Dienstunfähigkeit ab einem bestimmten Datum mit offenem Ende vorlegt (vgl. hiezu das zur entsprechenden Bestimmung des § 34 Abs. 2 erster Satz der Niederösterreichischen Gemeindebeamtdienstordnung 1976 ergangene hg. Erkenntnis vom 27. September 2011, 2009/12/0198). Ein solches „Zeugnis“ unterscheidet sich daher von seinen inhaltlichen Anforderungen her grundsätzlich von dem dem Revisionswerber hier abverlangten „Gutachten“. Außerdem ist davon auszugehen, dass § 31 Abs. 2 DPL 1972 die Auswahl des das „Zeugnis“ ausstellenden Arztes dem Beamten überlässt, wobei es sich bei diesem Arzt nicht um einen Amtsarzt handeln muss. Dies erklärt sich auch daraus, dass § 36 Abs. 2 DPL 1972 der Dienstbehörde ohnedies die Möglichkeit eröffnet, die Richtigkeit eines solchen Zeugnisses durch ein Gutachten eines Amtsarztes ihrer Wahl überprüfen zu lassen. Hinzu kommt noch, dass die Tätigkeit eines Amtsarztes (in dieser

Eigenschaft) - anders als jene eines privaten Arztes - für den Beamten nicht am Dienstleistungsmarkt frei verfügbar ist. Daraus folgt, dass die hier zu beurteilende Weisung auch nicht als Konkretisierung der in § 31 Abs. 2 DPL 1972 verankerten Dienstpflicht des Beamten ein „ärztliches Zeugnis“ vorzuweisen, aufgefasst werden kann.

45 Im Hinblick auf die im Regelungssystem des § 31 Abs. 2 und des § 36 Abs. 2 DPL 1972 enthaltenen präzise umschriebenen gesetzlichen Ermächtigungen an die Dienstbehörde die dort enthaltenen Dienstpflichten zu modifizieren, geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass diese zur Modifikation (Erweiterung) der Dienstpflichten eines infolge Krankheit vom Dienst abwesenden Beamten gesetzlich erteilten Ermächtigungen als taxativ aufzufassen sind, weshalb aus den zitierten Gesetzesbestimmungen keine darüber hinausgehenden Ermächtigungen zur Erweiterung der einen Beamten in diesem Zusammenhang treffenden Pflichten bilden.

46 Indem das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich diese Rechtslage verkannte, belastete es das angefochtene Erkenntnis in seinem Spruchpunkt 3. mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

### III. Zu den Spruchpunkten 4. bis 6. des angefochtenen Erkenntnisses:

47 In diesem Zusammenhang rügt die Zulassungsbegründung, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich habe zu Unrecht eine Feinprüfung der Verletzung subjektiver Rechte des Revisionswerbers durch die Punkte 1. bis 3. der Weisung vom 20. Juni 2016 verweigert. Insbesondere sei die Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich unzutreffend, wonach aus ein und demselben behaupteten Sachverhalt nicht gleichzeitig ein Recht auf Prüfung einer Weisung auf „Willkür“ und auf Verletzung subjektiver Rechte des Beamten abgeleitet werden könne.

48 Mit diesem Vorbringen zeigt der Revisionswerber die Zulässigkeit der gegen die Spruchpunkte 4. bis 6. des angefochtenen Erkenntnisses erhobenen Revision und - im Ergebnis - auch deren Berechtigung auf:

49 Zwar hat das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Zulässigkeit von Feststellungsbegehren zur Rechtmäßigkeit von Weisungen, soweit sie subjektive Rechte betreffen, zutreffend wiedergegeben. Freilich hat es diese Rechtsprechung fallspezifisch in unvertretbarer Weise angewendet:

50 Zunächst ist der Revisionswerber insoweit im Recht, als aus dem Umstand, dass er sowohl die „Willkür“ als auch die Rechtswidrigkeit (im Verständnis der Verletzung subjektiver Rechte) aus ein und demselben Sachverhalt ableitet, keinesfalls die Unzulässigkeit der Feststellung des zweitgenannten Umstandes gefolgert werden kann. Vielmehr ist auf Antrag einerseits zu prüfen, ob auf Grund eines konkreten Sachverhaltes die Erteilung der Weisung grob rechtswidrig, also „willkürlich“ ist. Selbst wenn diese Prüfung negativ verläuft, kann der Sachverhalt im Wege der Feinprüfung darauf geprüft werden, ob sich eine Verletzung subjektiver Rechte des Beamten aus der Weisung ergibt.

51 Die Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte des Revisionswerbers durch die hier in Rede stehenden Weisungen ist jedenfalls gegeben. In Ansehung des Punktes 1. der Weisung folgt dies daraus, dass dem Beamten ein subjektives Recht darauf zukommt, im Falle einer bestehenden Dienstverhinderung durch Krankheit nicht dennoch zum Dienstantritt verhalten zu werden. Der Punkt 2. der Weisung betrifft die Abgrenzung zwischen privat (zur Absolvierung einer Therapie) nutzbarer Zeit und solcher, in welcher eine Verpflichtung zur Dienstleistung besteht. Er berührt daher gleichfalls subjektive Rechte des Beamten. Nichts anderes gilt für den Punkt 3. der in Rede stehenden Weisung, welcher das subjektive Recht des Beamten betrifft, keine über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehenden Dienstpflichten im Zusammenhang mit der - zum Erhalt der Gehaltsansprüche erforderlichen - Rechtfertigung seiner Abwesenheit infolge Erkrankung auferlegt zu bekommen. Bei den hier in Rede stehenden Weisungen handelt es sich sogar paradigmatisch um solche, die subjektive Rechte des Beamten berühren.

52 Indem das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich diesen Umstand verkannte, belastete es das angefochtene Erkenntnis in seinen Spruchpunkten 4. bis 6. mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, sodass diese Spruchpunkte - ebenso wie der Spruchpunkt 3. - gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben waren.

53 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff, insbesondere auf § 50 VwGG im Zusammenhang mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013.

Wien, am 13. September 2017

### Schlagworte

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung  
Feststellungsbescheide Besondere Rechtsgebiete Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch

Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2 Organisationsrecht Diverses Weisung Aufsicht VwRallg5/4

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2017:RA2017120003.L00

**Im RIS seit**

10.08.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

11.08.2021

**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)