jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2002/2/20 2001/12/0160

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 20.02.2002

Index

L24009 Gemeindebedienstete Wien;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
40/01 Verwaltungsverfahren;
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

Norm

AVG §66 Abs4;
BDG 1979 §10 Abs3 impl;
BDG 1979 §10 Abs4 impl;
BDG 1979 §10 Abs4 Z2 impl;
B-VG Art130 Abs2;
DO Wr 1994 §72 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Germ und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Bayjones, Dr. Schick und Dr. Thoma als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Julcher, über die Beschwerde des A in W, vertreten durch Dr. Thomas Fried, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Gonzagagasse 11/2/22, gegen den Bescheid des Berufungssenates der Stadt Wien vom 26. Juni 2001, Zl. MA 2/555/99, betreffend Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat der Bundeshauptstadt Wien Aufwendungen in der Höhe von EUR 332,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Zur Vorgeschichte wird auf das hg. Erkenntnis vom 24. Jänner 2001, Zl.2000/12/0277, verwiesen. Folgende Umstände seien in diesem Zusammenhang noch ausdrücklich hervorgehoben:

Nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens erließ der Magistrat (Personalamt = Dienstbehörde I. Instanz) am 18. November 1999 einen Bescheid folgenden Inhaltes:

"Ihr Dienstverhältnis zur Stadt Wien wird gemäß § 72 Abs. 1 und 5 der Dienstordnung 1994 (DO 1994) mit Ablauf von drei Monaten ab Zustellung des Bescheides gekündigt.

Gemäß § 41 Abs. 1 der Besoldungsordnung 1994 (BO 1994) gebührt Ihnen eine Abfertigung im Ausmaß des Fünffachen des Monatsbezuges, der Ihrer besoldungsrechtlichen Stellung beim Enden des Dienstverhältnisses entspricht."

Die Zustellung dieses Bescheides an den Beschwerdeführer erfolgte am 23. November 1999.

Der Beschwerdeführer erhob gegen diesen Bescheid Berufung, welcher mit Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz vom 18. Februar 2000 gemäß § 12 Abs. 2 DVG die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde.

Nach Ergänzung des Ermittlungsverfahrens und Durchführung des Parteiengehörs durch die belangte Behörde erging am 6. September 2000 ein Bescheid, mit welchem die Berufung des Beschwerdeführers gegen den erstinstanzlichen Bescheid vom 18. November 1999 als unbegründet abgewiesen wurde.

Gegen diesen Bescheid richtete sich die zur hg. Zl.2000/12/0277 protokollierte Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof.

Mit dem bereits zitierten, zu dieser Geschäftszahl ergangenen Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Jänner 2001 wurde der Bescheid vom 6. September 2000 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Nach Schilderung des bisherigen Verfahrensganges sowie der Begründungen des erstinstanzlichen Bescheides vom 18. November 1999 sowie des Bescheides der belangten Behörde vom 6. September 2000 führte der Verwaltungsgerichtshof als tragenden Grund für die Aufhebung des letztgenannten Bescheides Folgendes aus:

"Im Beschwerdefall steht fest, dass das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers mit 28. März 1994 begonnen hat; demnach ist das rechnerische Ende der Probedienstzeit des Beschwerdeführers mit Ablauf des 28. März 2000 anzunehmen. Die erstinstanzliche Kündigung des Beschwerdeführers erfolgte mit Bescheid vom 18. November 1999, dem Beschwerdeführer zugestellt am 23. November 1999, mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides. Auf Grundlage der vom Beschwerdeführer erhobenen Berufung wurde dieser gemäß § 12 Abs. 2 DVG die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Mit dem angefochtenen Bescheid, der dem Beschwerdeführer erst am 2. Oktober 2000 zugestellt werden konnte, wird die Berufung als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

Es liegt damit vom Verfahrensablauf eine mit der Sachlage im hg. Erkenntnis vom 17. August 2000, Zl.2000/12/0182, vergleichbare Konstellation vor. Der Verwaltungsgerichtshof führte in diesem Erkenntnis zur Frage der Bestätigung der erstinstanzlichen Kündigung durch den angefochtenen Bescheid nach Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung Folgendes aus:

'Wird in einem solchen Verfahren der zweitinstanzliche Bescheid erst nach Ablauf der im erstinstanzlichen Bescheid verfügten Kündigungsfrist erlassen, so schiebt die der Berufung nach § 12 DVG zuerkannte aufschiebende Wirkung den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus; das provisorische Dienstverhältnis endet diesfalls erst mit der Zustellung des Berufungsbescheides. Das bedeutet, dass die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung die Verbindlichkeit des Abspruches im Sinne der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zwar nicht hinsichtlich der Wirkung der Kündigung, wohl aber hinsichtlich des Termins, zu dem das Dienstverhältnis endet, verändern kann. Die Kündigungsfrist beginnt daher nicht erst mit der Rechtskraft des Bescheides der Rechtsmittelinstanz neuerlich zu laufen, aber für den Fall der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bleibt das provisorische öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis bis zum rechtskräftigen Abspruch der Rechtsmittelinstanz aufrecht (vgl. in diesem Sinne zur Vorgängerregelung das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Juli 1966, Slg. N. F. Nr. 6971/A, zum BDG 1979, das Erkenntnis vom 8. September 1980, Zl. 3369/79, oder - für den Fall, dass keine aufschiebende Wirkung eingeräumt worden ist - das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 1994, Zl. 94/12/0132).'

Da die belangte Behörde im Beschwerdefall den erstinstanzlichen Bescheid - also auch hinsichtlich der Festsetzung des Endtermines des Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers - bestätigt hat, erweist sich der angefochtene Bescheid schon aus diesem Grund mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet und war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben."

Für das fortgesetzte Verfahren stellte der Verwaltungsgerichtshof klar,

" ... dass der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zwar die vorläufige Bedeutung des Hinausschiebens der Beendigung des Dienstverhältnisses bis zur Entscheidung über die Berufung zukommt; der Umstand, dass ein dem Grunde nach gekündigtes Dienstverhältnis vorliegt, bei dem die Frage der Rechtmäßigkeit der Kündigung noch in

Schwebe ist, verhindert aber das Eintreten der Definitivstellung bloß durch Zeitablauf. Zu dem umfangreichen Vorbringen des Beschwerdeführers zu den in der Begründung des angefochtenen Bescheides angesprochenen Leistungsmängeln ist darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde nach der in der Begründung zusammenfassend und abschließend wiedergegebenen Auffassung meint, 'dass der Berufungswerber die gesundheitliche Eignung für den öffentlichen Dienst nicht besitzt und daher von der Übernahme in ein definitives Dienstverhältnis auszuschließen ist'. Den angeblichen Leistungsmängeln ist demnach für die jetzt angefochtene Entscheidung keine wesentliche Bedeutung zugekommen. In der entscheidenden Frage der gesundheitlichen Eignung des Beschwerdeführers für die unkündbare Beamtenlaufbahn stellt die unstrittige Tatsache der Erkrankung des Beschwerdeführers und der daraus im letzten Jahr des provisorischen Dienstverhältnisses folgenden Dienstverhinderungen ein deutliches Indiz für Mängel des Beschwerdeführers in seiner gesundheitlichen Eignung dar; ungeachtet dessen hätte aber die Beantwortung der entscheidenden Frage seiner gesundheitlichen Eignung ausgehend von der die Dienstbehörde nach § 8 Abs. 1 DVG treffenden besonderen Verpflichtung, auch auf die allenfalls zum Vorteil des Beschwerdeführers dienenden Umstände Bedacht zu nehmen, auch eine Auseinandersetzung mit der vom Beschwerdeführer behaupteten bevorstehenden Aussicht auf Heilung vorausgesetzt."

Im Verwaltungsakt erliegt ein amtsärztliches Gutachten vom 22. Februar 2001, welches zur Frage eingeholt wurde, ob und aus welchen Gründen der Beschwerdeführer dienstunfähig bzw. beschränkt dienstfähig sei und ob und allenfalls wann mit der Wiedererlangung seiner Dienstfähigkeit gerechnet werden könne bzw. ob diese unwahrscheinlich sei.

Dieses Gutachten gelangt zur Diagnose:

"Histrionische Persönlichkeitsstörung

Chronisch obstruktive Lungenerkrankung- derzeit beschwerdefrei"

Mit Note vom 28. Februar 2001 wurde daraufhin ein weiteres amtsärztliches Gutachten eingeholt, in welchem um Stellungnahme ersucht wurde, ob mit einer Heilung der Lungenerkrankung des Beschwerdeführers zu rechnen sei und bejahendenfalls als wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer Heilung einzuschätzen sei.

In einer am 12. März 2001 bei der MA 2 eingelangten Stellungnahme der Amtssachverständigen gab diese einen lungenfachärztlichen Befund (und ein solches Gutachten) vom 7. März 2001 wie folgt wieder (und schloss sich ihm an):

"Lungenfunktion:

Vitalkapazität 5,68 Liter, das sind 128 % der Norm. FEV 1 3,74 Liter, das sind 66 % der Vitalkapazität.

Peak flow im normalen Bereich, es besteht eine periphere Atemwegsobstruktion.

Diagnose:

Exogen allergisches Asthma bronchiale.

Stellungnahme zur 'Heilung':

Die Sensibilisierung gegenüber den Allergenen besteht weiterhin.

Bei Kontakt mit diesen kann jederzeit ein Asthmaanfall ausgelöst werden."

Mit Note vom 12. März 2001, dem Beschwerdeführer zugestellt am 15. März 2001 wurden ihm die genannten amtsärztlichen Gutachten in Kopie übermittelt und ihm hiezu Parteiengehör eingeräumt.

In einer Note vom 19. März 2001 nahm der Beschwerdeführer hiezu Stellung. Er brachte vor, auslösend für seine vorübergehende Erkrankung (Dienstunfähigkeit) sei das gehäufte Zusammentreffen unglücklicher Umstände (wie z.B. ein unverschuldeter Verkehrsunfall; das Ausbleiben einer erhofften Beförderung; die Lösung einer langjährigen Lebensgemeinschaft verbunden mit schwierigen Wohnungsproblemen und der Güteraufteilung, etc.). Die dadurch psychisch bedingte Schwächung seines Immunsystems habe zu Atemnot, Lebensangst (innere Unruhe) sowie zu Schlafstörungen geführt, was "medizinischerseits" als Asthma bronchiale diagnostiziert worden sei. Durch zwischenzeitliche Konsolidierung seiner privaten Schwierigkeiten und dank der fachärztlichen Behandlungen seien die erwähnten Symptome weggefallen, weshalb derzeit völlige Beschwerdefreiheit vorliege.

In einer weiteren Stellungnahme vom 12. April 2001 legte der Beschwerdeführer Privatgutachten einer Fachärztin für Lungenheilkunde vom 28. März 2001 und einer Fachärztin für Psychiatrie und Neurologie vom 6. April 2001 vor.

Das erstgenannte Gutachten geht davon aus, dass beim Beschwerdeführer Asthma bronchiale vorliege. Auf Grund des bisherigen Verlaufes und der guten körperlichen Leistungsfähigkeit (professionelles Lauftraining - Marathonvorbereitung) sei keine medizinische Therapie erforderlich. Da der Patient sehr kooperativ und krankheitseinsichtig sei, würde er sich bei eventueller Verschlechterung sofort mit den behandelnden Ärzten in Verbindung setzen. Daher seien von pulmologischer Seite keine Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit und Krankenstände zu erwarten. Der Beschwerdeführer sei aus pulmologischer Sicht für die Tätigkeit als Verwaltungsbeamter geeignet.

Das zweitgenannte Gutachten ergab, dass aus psychiatrischer Sicht eine Einschränkung der Leistungs- und Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers längerfristig nicht zu erwarten sei.

Ergänzend brachte der Beschwerdeführer in der genannten Eingabe vor, der mittlerweile beendete Pollenflug der Erle und Hasel habe bei ihm keine Allergien ausgelöst. Das Ausmaß seiner Belastung durch Allergene sei so gering, dass eine Desensibilisierung nicht erforderlich sei. Auch habe bei ihm eine Allergiereaktion noch nie einen Asthmaanfall ausgelöst, welcher eine Dienstunfähigkeit (einen Krankenstand) zur Folge gehabt habe.

Mit einer Eingabe vom 23. April 2001 legte der Beschwerdeführer weiters das Ergebnis eines Allergietests vom 19. April 2001 vor, aus dem hervorgeht, dass der Beschwerdeführer auf Pricktests mit der Pollenserie bzw. mit der kleinen Nahrungsmittel-Serie durchwegs negativ reagiert habe. Lediglich der Pricktest mit der kleinen perennialen Serie habe eine positiv allergische Reaktion auf Hausstaubmilbe und Mehlmilbe ergeben.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 26. Juni 2001 wies diese die Berufung des Beschwerdeführers gegen den erstinstanzlichen Bescheid vom 18. November 1999 als unbegründet ab und bestätigte diesen Bescheid mit der Maßgabe, dass sein Spruch zu lauten habe:

"Ihr Dienstverhältnis zur Stadt Wien wird gemäß § 72 Abs. 1 und 5 der Dienstordnung 1994 (DO 1994), LGBl. für Wien Nr. 56, idgF, mit Zustellung des Berufungsbescheides gekündigt.

Gemäß § 41 Abs. 1 der Besoldungsordnung 1994 (BO 1994), LGBl. für Wien Nr. 55, idgF, gebührt Ihnen eine Abfertigung im Ausmaß des Siebenfachen des Monatsbezuges, der Ihrer besoldungsrechtlichen Stellung beim Enden des Dienstverhältnisses entspricht."

In der Begründung dieses Bescheides gab die belangte Behörde ausführlich den bisherigen Gang des Verwaltungsverfahrens sowie die Begründung ihres Bescheides vom 6. September 2000 sowie den Inhalt des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Jänner 2001 wieder.

Sodann heißt es, gemäß § 61 Abs. 1 VwGG seien die Verwaltungsbehörden im Falle der Stattgebung einer Bescheidbeschwerde verpflichtet, mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Es sei daher zur Frage, ob beim Beschwerdeführer Aussicht auf Heilung der bei ihm festgestellten Leiden bestehe, ein amtsärztliches Gutachten eingeholt worden. In diesem schlüssigen und widerspruchsfreien Gutachten vom 7. März 2001 sei aus lungenfachärztlicher Sicht festgestellt worden, dass der Beschwerdeführer nach wie vor an einem exogen allergischen Asthma bronchiale leide und eine Sensibilisierung gegenüber Allergenen weiterhin bestehe. Bei einem Kontakt mit diesen könne jederzeit ein Asthmaanfall ausgelöst werden. Die belangte Behörde schildert daraufhin weiters den Inhalt der vom Beschwerdeführer vorgelegten psychiatrischen und pulmologischen Privatgutachten, das Ergebnis des durchgeführten Allergietests, sowie das oben wiedergegebene Vorbringen des Beschwerdeführers in seiner Eingabe vom 19. April 2001.

Zusammenfassend gelangte die belangte Behörde zum Ergebnis, die vom Beschwerdeführer vorgelegten Befunde bestätigten das amtsärztliche Gutachten vom 7. März 2001 inhaltlich. Dem Beschwerdeführer sei durchaus beizupflichten, dass derzeit eine Besserung seines Gesundheitszustandes gegeben sei. Eine vollständige Heilung seines Asthma bronchiale sei jedoch nur wenig wahrscheinlich und bis Bescheiderlassung auch tatsächlich nicht eingetreten. Dies werde auch eindrucksvoll durch das Ausmaß der "Krankenstände" des Beschwerdeführers unter Beweis gestellt. Dieser habe im Jahr 1998 43 und im Jahr 1999 155 "Krankenstandstage" aufgewiesen. Vom 7. Februar 2000 bis 2. Oktober 2000 habe sich der Beschwerdeführer laufend im "Krankenstand" befunden. Hingegen habe der

Beschwerdeführer seit dem Wiederantritt seines Dienstes am 21. Februar 2001 keine "Krankenstände" mehr aufgewiesen. Schließlich vertrat die belangte Behörde zum Prognoseverlauf des Asthma bronchiale bei Erwachsenen unter Hinweis auf Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch,

257. Auflage, S. 128, dass derartige Erkrankungen meist einen chronischen Verlauf nähmen - wie dies auch beim Beschwerdeführer der Fall sei - und unter Umständen in ein obstruktives Lungenemphysem mit Cor pulmonale endeten.

Es sei somit festzustellen, dass der Beschwerdeführer mangels vollständiger Heilung seines Asthma bronchiale die gesundheitliche Eignung für den öffentlichen Dienst nicht besitze und auch eine vollständige Wiederherstellung seiner Gesundheit nicht absehbar sei.

Die Berufung sei daher abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht auf Fortbestand seines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zur Stadt Wien durch unrichtige Anwendung der Bestimmungen des § 72 Abs. 1 und 5 der Dienstordnung 1994, Wiederverlautbarungskundmachung der Wiener Landesregierung LGBl. Nr. 56/1994 (im Folgenden: DO 1994), verletzt. Der Beschwerdeführer macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, den angefochtenen Bescheid aus diesen Gründen aufzuheben.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 3 Abs. 1 DO 1994 in der Fassung der Wiederverlautbarungskundmachung LGBl. Nr. 56/1994 lautet:

"§ 3. (1) Zur Unterstellung unter die Dienstordnung 1994 (Anstellung) ist im Allgemeinen erforderlich:

1. ein Lebensalter von wenigstens 18 und nicht mehr

als 40 Jahren,

...

4. die zur Erfüllung der Dienstobliegenheiten

notwendigen geistigen und körperlichen Fähigkeiten einschließlich der erforderlichen Kenntnisse in der deutschen Sprache."

§ 16 Abs. 1 erster und zweiter Satz DO 1994 in der Fassung dieser Sätze durch eben diese Wiederverlautbarungskundmachung lautet:

"§ 16. (1) Die Anstellung wird nach Ablauf der Probedienstzeit definitiv. Die Probedienstzeit beträgt sechs Jahre und dauert jedenfalls bis zum vollendeten 26. Lebensjahr. ..."

§ 68 Abs. 1 DO 1994 in der Fassung dieses Absatzes durch die Novelle LGBl. Nr. 23/1998 lautet:

"(1) Der Beamte ist auf seinen Antrag in den Ruhestand zu versetzen, wenn er

1.

das 60. Lebensjahr vollendet hat oder

2.

dienstunfähig ist und die Wiedererlangung der Dienstfähigkeit ausgeschlossen erscheint."

§ 68 Abs. 2 Z. 1 und 3 DO 1994 in der Fassung dieser Ziffern durch die bereits zitierte Wiederverlautbarungskundmachung lautet:

"(2) Der Beamte ist von Amts wegen in den Ruhestand zu versetzen,

1. wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 Z 2 vorliegen,

...

3. wenn er länger als ein Jahr dienstunfähig war, die Voraussetzungen des Abs. 1 Z 2 aber nicht vorliegen,

..."

§ 72 Abs. 1 und 5 erster Absatz in der Fassung der zitierten Teile dieser Bestimmung durch die bereits zitierte Wiederverlautbarungskundmachung lautet:

"§ 72. (1) Die Gemeinde Wien kann durch Kündigung das Dienstverhältnis während der Probedienstzeit auflösen.

...

(5) Die Kündigungsfrist beträgt nach einer bei Zustellung des erstinstanzlichen Bescheides erreichten Probedienstzeit von

...

fünf Jahren drei Monate."

Angesichts des im Berufungsverfahren erstatteten Vorbringens des Beschwerdeführers, er sei mit einer amtswegigen Ruhestandsversetzung einverstanden, ist eingangs festzustellen, dass sich weder aus dem Beschwerdevorbringen noch aus den Verwaltungsakten Anhaltspunkte dafür ergeben, dass bei ihm die Voraussetzungen für eine amtswegige Versetzung in den Ruhestand gemäß § 68 Abs. 2 Z. 1 oder Z. 3 DO 1994 gegeben gewesen wären. Die erstgenannte Bestimmung verweist auf das Bestehen der Voraussetzungen des § 68 Abs. 1 Z. 2 DO 1994, also auf das Vorliegen einer Dienstunfähigkeit, wobei die Wiedererlangung der Dienstfähigkeit ausgeschlossen erscheint.

Selbst wenn - was dahingestellt bleiben mag - beim Beschwerdeführer im Hinblick auf seine ausgedehnten "Krankenstände" in bestimmten Zeiträumen seines provisorischen Dienstverhältnisses eine vorübergehende Dienstunfähigkeit vorgelegen ist, wird durch seine Dienstleistung in der Zeit zwischen dem 21. Februar 2001 und dem 26. Juni 2001 deutlich, dass die weitere Voraussetzung für eine amtswegige Versetzung in den Ruhestand gemäß § 68 Abs. 2 Z. 1 DO 1994, nämlich dass die Wiedererlangung der Dienstfähigkeit ausgeschlossen erscheint, nicht bestanden hat.

Ebenso wenig ergibt sich aus den von der belangten Behörde festgestellten "Krankenständen" eine Dienstunfähigkeit von über einem Jahr, sodass auch der Grund des § 68 Abs. 2 Z. 3 DO 1994 nicht vorlag.

Somit kann es auch dahingestellt bleiben, ob die Beurteilung der belangten Behörde in der Begründung ihres im ersten Rechtsgang ergangenen Bescheides vom 6. September 2000 zutrifft, wonach zufolge des Grundsatzes der Spezialität der Aufkündigung des provisorischen Dienstverhältnisses gemäß § 72 Abs. 1 DO 1994 der Vorrang gegenüber einer amtswegigen Ruhestandsversetzung gemäß § 68 Abs. 2 Z. 1 oder Z. 3 DO 1994 zukomme, wie dies nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Juni 1993, Zl. 89/12/0184) für das Verhältnis zwischen § 10 und § 14 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, BGBl. Nr. 333 (im Folgenden: BDG 1979), der Fall ist.

§ 72 Abs. 1 DO 1994 stellt die Aufkündigung des provisorischen Dienstverhältnisses in das Ermessen der Dienstbehörde. Sie ist daher nicht an das Vorliegen spezifischer Kündigungsgründe, insbesondere auch nicht an eine im maßgeblichen Zeitpunkt vorliegende "Dienstunfähigkeit" gebunden. Freilich muss die Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erfolgen. Dieser besteht - entsprechend dem Zweck der Einrichtung der Probedienstzeit bzw. des provisorischen Dienstverhältnisses - darin, den Beamten für seine Eignung für den Dienst zu prüfen und nur jene provisorischen Beamten in das definitive Dienstverhältnis zu übernehmen, die allen Anforderungen entsprechen, die an einen Beamten im Allgemeinen, wie in Anbetracht der Verwendung, für die er aufgenommen wurde, gestellt werden müssen. Damit sollen alle sich nicht voll bewährenden Beamten noch vor Erlangung einer unkündbaren Stellung von der Beamtenlaufbahn, für die sie sich nicht eignen, ausgeschlossen werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. Jänner 1997, Zl. 96/12/0123). In diesem Zusammenhang ist es nicht rechtswidrig, insbesondere aus häufigen "Krankenständen" mit steigender Tendenz den Schluss zu ziehen, der Beamte habe sich in Ansehung seiner körperlichen Eignung nicht bewährt, weshalb ein Kündigungsgrund vorliege (vgl. das zu § 10 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 ergangene hg. Erkenntnis vom 22. Februar 1995, Zl. 95/12/0031).

Als Beurteilungszeitraum für die Frage der Bewährung (hier in Ansehung der gesundheitlichen Eignung) ist zunächst die gesamte vor Zustellung des erstinstanzlichen Kündigungsbescheides gelegene Zeit des provisorischen Dienstverhältnisses heranzuziehen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu dem dem Grunde nach

vergleichbaren § 10 BDG 1979 sowie zu § 54a der Wiener Dienstordnung 1966 kann die Berufungsbehörde im Falle der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung des erstinstanzlichen Kündigungsbescheides bei der Kündigung jedenfalls auch Umstände berücksichtigen, die zeitlich zwischen der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides und dem von der erstinstanzlichen Behörde festgesetzten Auflösungstermin des provisorischen Dienstverhältnisses liegen, zumal Sache des Berufungsverfahrens jedenfalls die rechtsgestaltende Auflösung des provisorischen Dienstverhältnisses zu dem durch den erstinstanzlichen Bescheid bestimmten Termin ist (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 24. April 1996, Zl. 93/12/0248, und vom 11. November 1998, Zl. 98/12/0162). Da (auch im hier vorliegenden Fall der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Berufung gegen den erstinstanzlichen Kündigungsbescheid) wesentliche Wirkungen der Kündigung bereits durch Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides und den Ablauf der darin gesetzten Frist eintreten (vgl. hiezu die oben wiedergegebenen Ausführungen im Erkenntnis vom 24. Jänner 2001), liegt es nahe, dass der im Zusammenhang mit der Kündigung maßgebliche Beobachtungszeitraum mit Ablauf der im erstinstanzlichen Bescheid gesetzten Kündigungsfrist endet.

Vorliegendenfalls kann jedoch diese Frage dahingestellt bleiben, weil sowohl zum Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Kündigungsbescheides (Zustellung am 23. November 1999), als auch im Zeitpunkt des Ablaufes der dreimonatigen Kündigungsfrist (23. Februar 2000), aber auch im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides im Hinblick auf die von der belangten Behörde festgestellten "Krankenstände" von einer mangelnden Eignung des Beschwerdeführers in gesundheitlicher Hinsicht auszugehen war.

Für die Berechtigung der Kündigung eines provisorischen Dienstverhältnisses kommt es weiters nicht darauf an, ob der Beamte im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung (wieder) in der Lage ist, die ihm zugedachten dienstlichen Aufgaben zu erfüllen, entscheidend ist vielmehr, ob während des provisorischen Dienstverhältnisses (körperliche oder geistige) Mängel aufgetreten sind, die den Betreffenden für das definitive Dienstverhältnis als nicht geeignet erscheinen lassen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. Mai 2001, Zl. 2001/12/0067). Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem im ersten Rechtsgang ergangenen Erkenntnis vom 24. Jänner 2001 zudem ausgeführt hat, ist bei der Ermessensentscheidung darüber, ob ein Beamter, der sich während des Beobachtungszeitraumes in gesundheitlicher Hinsicht nicht bewährt hat, zu kündigen ist, auch zu erwägen, ob ungeachtet der bisher fehlenden Bewährung ausnahmsweise dennoch davon auszugehen ist, dass der Beamte auf Grund besonderer Umstände in weiterer Folge die volle gesundheitliche Eignung für das definitive Dienstverhältnis erlangen werde. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn mittlerweile eine Heilung eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht.

Wenngleich diese Prognoseentscheidung schon von der erstinstanzlichen Behörde im Zeitpunkt der Erlassung ihres Kündigungsbescheides auf Grund der in diesem Zeitpunkt vorliegenden Verhältnisse zu treffen ist, hat die Berufungsbehörde bei Prüfung, ob die Prognose auf Grund der damaligen Verhältnisse richtig getroffen wurde, die zwischen Erlassung des erstinstanzlichen Kündigungsbescheides und Erlassung des Berufungsbescheides tatsächlich erfolgte Entwicklung der Verhältnisse mit einzubeziehen.

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass eine Remission des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers im Anschluss an den von der erstinstanzlichen Behörde festgelegten Kündigungstermin (23. Februar 2000) nicht eingetreten ist. Vielmehr zeigte sein durchgehender "Krankenstand" zwischen 7. Februar 2000 und 2. Oktober 2000 ein Fortbestehen seiner mangelnden gesundheitlichen Eignung zum Dienst auf.

Die belangte Behörde hat darüber hinaus auch die weitere Entwicklung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers in ihre Erwägungen einbezogen. Auf Grund des ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahrens gelangte sie zum Ergebnis, das chronische Asthma bronchiale des Beschwerdeführers habe sich zwar gebessert, sei jedoch auch im Zeitpunkt der Erlassung des Berufungsbescheides nicht geheilt. Auf Grund seiner Allergie auf Hausstaubmilbe und Mehlmilbe könne jederzeit ein Asthmaanfall ausgelöst werden. Darüber hinaus nehme (statistisch betrachtet) Asthma bronchiale bei Erwachsenen einen negativen Prognoseverlauf.

Wenn die belangte Behörde im Rahmen ihrer Ermessensübung auf Basis dieser Tatsachenannahmen das aus der nach wie vor aufrechten Erkrankung resultierende Restrisiko des Eintrittes akuter Asthmaanfälle und der damit verbundenen Beeinträchtigungen der Dienstleistung des Beschwerdeführers als zu hoch erachtete, um von einer Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses auf Grund ihrer Zukunftsprognose Abstand zu nehmen, so kann der Verwaltungsgerichtshof nicht finden, dass sie von dem ihr zustehenden Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hätte. Diese Beurteilung würde auch dann gelten, wenn die Ausführungen in dem vom

Beschwerdeführer vorgelegten pulmologischen Privatgutachten zuträfen, dass dieses Risiko so lange als gering, ja geradezu ausgeschlossen erscheine, als der Beschwerdeführer insbesondere im Hinblick auf sein professionelles Lauftraining in guter körperlicher Leistungsfähigkeit sei und auf Grund seiner Krankheitseinsichtigkeit im Falle einer eventuellen Verschlechterung sofort ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen werde. Sie würde im Übrigen auch dann zutreffen, wenn die Belastung des Beschwerdeführers durch Allergene so gering gewesen wäre, dass Allergene bislang noch keinen Asthmaanfall bei ihm ausgelöst hätten.

Diese obige Beurteilung beruht zunächst auf der Erwägung, dass § 72 Abs. 1 DO 1994 der Dienstbehörde einen weiten Ermessensspielraum lässt. Hinzu kommt, dass sich die belangte Behörde vorliegendenfalls jedenfalls darauf stützen konnte, dass sich der Beschwerdeführer während der Beobachtungszeit und auch noch viele Monate nach Ausspruch der Kündigung durch die erstinstanzliche Behörde in Ansehung seiner gesundheitlichen Eignung nicht bewährt hatte. Die belangte Behörde konnte daher im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraumes auch eine besonders hohe (an Sicherheit grenzende) Wahrscheinlichkeit eines Ausschlusses künftiger gesundheitlicher Beeinträchtigungen der Dienstleistung des Beschwerdeführers verlangen. Hing aber vorliegendenfalls die im Privatgutachten angestellte Prognose, mit künftigen Krankenständen sei nicht zu rechnen, davon ab, dass sich der Beschwerdeführer auch in Zukunft regelmäßig körperlich durch professionelles Lauftraining ertüchtigen werde und darüber hinaus weiterhin kooperativ und krankheitseinsichtig bleiben werde, so war es unbedenklich, die Unsicherheit darüber, ob der Beschwerdeführer das für die positive Zukunftsprognose vorausgesetzte Verhalten während der gesamten Dauer seines definitiven Dienstverhältnisses aufrecht erhalten werde, als zu hoch einzustufen, um von einer Kündigung Abstand zu nehmen. Nichts anderes gilt für das Risiko einer künftig stärkeren Belastung des Beschwerdeführers mit jenen Allergenen, auf die er eine positive Reaktion zeitigte.

Von dieser rechtlichen Beurteilung ausgehend ist den in der Beschwerde sowohl im Rahmen der Rechtsrüge als auch im Rahmen der Verfahrensrüge erhobenen Einwendungen, die von der belangten Behörde getroffenen Sachverhaltsannahmen fänden keine Deckung im Beweisverfahren bzw. beruhten auf einer unrichtigen Würdigung der Verfahrensergebnisse, im Einzelnen Folgendes entgegenzuhalten:

Wenn der Beschwerdeführer zunächst rügt, die belangte Behörde sei nicht darauf eingegangen, dass der als Asthma bronchiale diagnostizierte Zustand seine Ursache in privaten Schwierigkeiten gehabt habe, welche mittlerweile weggefallen seien, so ist ihm zu erwidern, dass es auf die Ursache für die Auslösung der Krankheit nicht ankommt. Entscheidend ist vielmehr, dass diese nach dem Inhalt aller Sachverständigengutachten (auch trotz des behaupteten Wegfalls der privaten Schwierigkeiten des Beschwerdeführers) nach wie vor bestanden hat.

Wenn der Beschwerdeführer der belangten Behörde vorwirft, sie habe seine ununterbrochene Dienstleistung vom 21. Februar 2001 bis Bescheiderlassung nicht berücksichtigt, er habe an einem Halbmarathon wettkampfmäßig teilgenommen, die belangte Behörde habe überdies die von ihm vorgelegten Privatgutachten sowie sein Vorbringen, die Belastung mit Hausstaubmilbe und Mehlmilbe habe noch nie einen Asthmaanfall ausgelöst, nicht berücksichtigt, so ist ihm entgegen zu halten, dass die belangte Behörde diese Tatsachen im Wesentlichen festgestellt und in ihre Ermessensentscheidung miteinbezogen hat. Dass diese Umstände aber nicht zu einer vom Verwaltungsgerichtshof aufzugreifenden Fehlerhaftigkeit der Ermessensübung der belangten Behörde geführt haben, wurde oben bereits dargelegt.

Wenn der Beschwerdeführer weiters rügt, der lungenfachärztliche Befund vom 7. März 2001 sei ihm nie zur Kenntnis gebracht worden, so ist ihm entgegen zu halten, dass der diesbezügliche Befund, die Diagnose und die Stellungnahme zur Frage der Heilung in das amtsärztliche Gutachten vom 7. März 2001 aufgenommen wurden, wobei sich der Amtsarzt diesem lungenfachärztlichen Befund angeschlossen hat. Das amtsärztliche Gutachten vom 7. März 2001 wurde dem Beschwerdeführer aber sehr wohl mit der am 15. März 2001 zugestellten Note vom 12. März 2001 zur Stellungnahme vorgehalten. Eine solche Stellungnahme hat der Beschwerdeführer auch ausdrücklich unter Bezugnahme auf den genannten Vorhalt am 12. April 2001 abgegeben. Die diesbezügliche Rüge eines Verfahrensmangels ist daher unzutreffend.

Darüber hinaus bestreitet der Beschwerdeführer das Vorliegen eines chronischen Asthma bronchiale und verweist darauf, seine Erkrankung habe sich als reversibel erwiesen, wobei der Heilungsprozess nahezu abgeschlossen sei.

Diese Behauptung des Beschwerdeführers findet freilich in den Ergebnissen des Beweisverfahrens, insbesondere in den beiden vorliegenden lungenfachärztlichen Gutachten keine Deckung. Auch in dem von ihm vorgelegten

Privatgutachten ist von einer unmittelbar bevorstehenden Heilung seiner Erkrankung keine Rede. Die Möglichkeit eventueller Verschlechterungen wird in diesem Zusammenhang ebenfalls erwähnt, sodass aus beiden pulmologischen Gutachten zu Recht der Schluss auf das Vorliegen einer chronischen Erkrankung zu ziehen war.

Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang weiters einen Widerspruch zwischen dem amtsärztlichen Gutachten vom 7. März 2001, in welchem von einer Sensibilisierung gegenüber "den Allergenen" die Rede ist und dem Allergietest, wonach eine Sensibilisierung nur hinsichtlich einzelner der dort ausgetesteten Allergene festgestellt wurde, darlegt, so ist ihm entgegen zu halten, dass - wie oben bereits ausgeführt - die belangte Behörde ihre Ermessensentscheidung auch dann im Sinne des Gesetzes getroffen hätte, wenn beim Beschwerdeführer lediglich eine Allergie in Ansehung der Hausstaub- bzw. Mehlmilbe bestanden hätte.

Schließlich erstattet der Beschwerdeführer unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides ein Vorbringen, welches sich (sinngemäß) dahingehend zusammenfassen lässt, der erstinstanzliche Kündigungsbescheid vom 18. November 1999 sei in dem Bescheid der belangten Behörde vom 6. September 2000, welcher lediglich den erstinstanzlichen Bescheid bestätigt habe, aufgegangen. Die Aufhebung des Berufungsbescheides durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Jänner 2001 habe den erstinstanzlichen Kündigungsbescheid jedoch nicht wieder aufleben lassen. Zwischen Zustellung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes am 12. Februar 2001 und der Zustellung des nunmehr angefochtenen Bescheides am 5. Juli 2001 habe daher ein ungekündigtes Dienstverhältnis bestanden. Das provisorische Dienstverhältnis des Beschwerdeführers sei daher durch Zeitablauf bereits ab 18. Juni 2001 definitiv geworden.

Diese Auslegung ist unzutreffend:

Auch wenn der erstinstanzliche Bescheid vom 18. November 1999 durch den Berufungsbescheid vom 6. September 2000 zunächst mit der Wirkung verdrängt worden sein mag, dass der letztgenannte Bescheid zum Träger der Aufkündigung des provisorischen Dienstverhältnisses wurde, bewirkte die Aufhebung des Bescheides vom 6. September 2000 aus dem Grunde des § 42 Abs. 3 VwGG, dass die Rechtssache in die Lage zurücktrat, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Bescheides (hier also des Berufungsbescheides vom 6. September 2000) befunden hatte. Vor Erlassung des Bescheides vom 6. September 2000 gehörte aber der erstinstanzliche Bescheid vom 18. November 1999 dem Rechtsbestand an, wenngleich ihm mit Bescheid vom 18. Februar 2000 die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Dass dieser letztgenannte Umstand nicht der Beurteilung entgegensteht, der erstinstanzliche Bescheid habe bereits die Wirkung einer Kündigung entfaltet, steht auf Grund der bindenden Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 24. Jänner 2001 fest.

Gegen diese auf die für Bescheidbeschwerden geltende Bestimmung des§ 42 Abs. 3 VwGG gegründete Auslegung spricht auch nicht der vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang ins Treffen geführte § 42a Abs. 2 VwGG. Nach der letztgenannten Bestimmung tritt durch die Aufhebung einer angefochtenen Weisung zwar jener Rechtszustand ein, der vor ihrer Erlassung bestanden hat; jedoch treten infolge der Weisung aufgehobene Verordnungen dadurch nicht wieder in Kraft. Gerade das Fehlen einer dem § 42a Abs. 2 zweiter Halbsatz VwGG entsprechenden Ausnahmebestimmung in § 42 Abs. 3 VwGG in Ansehung von erstinstanzlichen Bescheiden, welche durch den angefochtenen Bescheid verdrängt wurden, spricht für deren Wiederaufleben im Falle der Aufhebung des Berufungsbescheides.

Im Übrigen hätte die vom Beschwerdeführer vertretene Rechtsauffassung die Konsequenz, dass im Falle der Aufhebung eines den erstinstanzlichen Bescheidinhalt rezipierenden Berufungsbescheides durch den Verwaltungsgerichtshof ein Ersatzbescheid der Berufungsbehörde in keinem Fall mehr ergehen dürfte, weil es mangels Wiederauflebens des erstinstanzlichen Bescheides an einem tauglichen Anfechtungsobjekt im Berufungsverfahren fehlte.

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

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der nach ihrem § 3 Abs. 2 anzuwendenden Verordnung BGBl. II Nr. 501/2001.

Wien, am 20. Februar 2002

Schlagworte

Ermessen besondere RechtsgebieteBeschränkungen der Abänderungsbefugnis Beschränkung durch die Sache

Besondere RechtsproblemeMaßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Beachtung einer Änderung der Rechtslage sowie neuer Tatsachen und Beweise

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2002:2001120160.X00

Im RIS seit

08.05.2002

Zuletzt aktualisiert am

24.10.2009

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at