

# TE Vwgh Erkenntnis 2009/3/10 2008/12/0238

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.03.2009

## Index

L24009 Gemeindebedienstete Wien;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);

## Norm

B-VG Art130 Abs2;  
DO Wr 1994 §72 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Nowakowski, Dr. Thoma und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Khorramdel, über die Beschwerde des CJ in M, vertreten durch Dr. Johann Kral, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Frankgasse 6/10, gegen den Bescheid des Dienstrechtssenates der Stadt Wien vom 8. November 2006, Zl. DS - 142/2006, betreffend Kündigung eines provisorischen Dienstverhältnisses (§ 72 Wiener DO 1994) und Feststellungen i.A. Abfertigung,

## Spruch

I./ den Beschluss gefasst:

Die Beschwerde gegen die im angefochtenen Bescheid getroffene Feststellung i.A. Abfertigung sowie das unter Punkt 2. der Beschwerdeanträge gestellte Feststellungsbegehren werden zurückgewiesen.

II./ zu Recht erkannt:

Im Übrigen (hinsichtlich der ausgesprochenen Kündigung) wird

die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

Der 1976 geborene Beschwerdeführer wurde mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 9. November 2000 mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 2001 unter Einreihung in die Beamtengruppe der Feuerwehrmänner der Verwendungsgruppe D der Dienstordnung 1994, LGBl. Nr. 56 (im Folgenden: DO 1994), unterstellt.

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 9. November 2000 wurden dem Beschwerdeführer gemäß § 14 DO 1994 folgende Zeiten für die Vorrückung angerechnet:

vom 28. Jänner 1994 bis 30. September 1995

halb

vom 1. Oktober 1995 bis 31. Mai 1996

voll

vom 1. Juni 1996 bis 31. März 1999

halb

vom 1. April 1999 bis 9. Juli 2000

voll

vom 10. Juli 2000 bis 31. Dezember 2000

voll

Nach der Aktenlage entfielen die Zeiträume vom 28. Jänner 1994 bis 30. September 1995 sowie vom 1. Juni 1996 bis 31. März 1999 auf eine Tätigkeit als Arbeiter bei der J GesmbH in E; zwischen 1. Oktober 1995 und 31. Mai 1996 wurde der Grundwehrdienst abgeleistet. Zwischen 1. April 1999 und 9. Juli 2000 war der Beschwerdeführer als Gemeindearbeiter (Vertragsbediensteter) bei der Gemeinde M tätig; im Zeitraum zwischen 10. Juli 2000 und 31. Dezember 2000 stand er in einem nicht öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien.

In einem Bericht der Magistratsabteilung 68 an die Magistratsabteilung 2 vom 23. Dezember 2005 heißt es, der Beschwerdeführer sei für den 14. Dezember 2004 zu einer Leistungsdiagnostik eingeladen worden. Diesen Test habe er nicht bestanden. Er sei (daher) am 29. September 2005 zu einer Wiederholungsprüfung für den 13. Dezember 2005 geladen worden. Mitte September sei seitens des Vorgesetzten B mit dem Beschwerdeführer ein Gespräch geführt worden, in welchem er diesen eindringlich auf die Notwendigkeit des Bestehens dieses Tests hingewiesen habe. Auch die Wiederholung der Leistungsdiagnostik vom 13. Dezember 2005 habe der Beschwerdeführer nicht bestanden. Ein amtsärztliches Gutachten habe diesmal im Vergleich zur Einstellungsuntersuchung ein deutlich höheres Körpergewicht ergeben (Body Mass Index von 33,74). Eine Definitivstellung sei daher auch aus ärztlicher Sicht "auf Grundlage von Adipositas" nicht möglich.

Die Magistratsabteilung 68 berief sich in diesem Zusammenhang auf eine näher genannte Dienstanweisung, aus welcher sich ergebe, dass bei negativem Ergebnis der amtsärztlichen Untersuchung oder der Leistungsdiagnostik ein weiterer Verbleib im Feuerwehrdienst nicht möglich sei.

Der Beschwerdeführer nahm über Auftrag der erstinstanzlichen Behörde hiezu mit einem am 24. Jänner 2006 eingelangten Schreiben Stellung. Er führte aus, gemäß § 7 DO 1994 seien die besonderen Anstellungserfordernisse vom Stadtsenat festzusetzen. Die von der MA 68 zitierte Dienstanweisung stamme jedoch nicht vom Stadtsenat. Das negative Testergebnis sei darauf zurückzuführen gewesen, dass er die erforderliche Zahl von Klimmzügen nicht habe bewältigen können. Er sei jedoch niemals verwarnet worden, noch sei ihm mitgeteilt worden, dass die Frage der Anzahl der Klimmzüge für sein weiteres Fortkommen von Bedeutung sei. Das einzige Gespräch, welches es in diesem Zusammenhang gegeben habe, sei jenes mit B vom 22. September 2005 gewesen.

Eine ihm vom Amtsarzt im Juni 2005 nahe gelegte Gewichtsreduktion (von 112 auf 90 kg) bis März 2006 habe zu einer Schwächung der Muskelmasse geführt.

Gemäß Punkt 4b der genannten Dienstanweisung sei ein Wiederholungstermin in einer Frist von drei bis maximal sechs Monaten anzusetzen. Dem Beschwerdeführer sei jedoch lediglich eine Frist von 2,5 Monaten zwischen Bekanntgabe des Termines und Durchführung des Tests zugestanden worden.

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien vom 2. Februar 2006 wurde das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers zur Stadt Wien gemäß § 72 Abs. 1 und 5 DO 1994 mit Ablauf von drei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides gekündigt. Es wurde ausgesprochen, dass dem Beschwerdeführer eine Abfertigung im Ausmaß des Fünffachen des Monatsbezuges, der seiner besoldungsrechtlichen Stellung beim Enden des Dienstverhältnisses entspreche, gebühre.

Begründend führte die erstinstanzliche Behörde nach Schilderung des Verfahrensganges und Wiedergabe der angewendeten Rechtsvorschriften aus, der Beschwerdeführer sei nach Auffassung seiner Dienststelle nicht für eine

unkündbare Stellung als Feuerwehrmann geeignet. Zwar treffe es zu, dass gemäß § 7 Abs. 1 DO 1994 die besonderen Anstellungserfordernisse vom Stadtsenat nach Vorberatung durch die gemeinderätliche Personalkommission festzusetzen seien. Es müsse jedoch streng zwischen den Anstellungsvoraussetzungen und den laufenden Überprüfungen, ob die Bediensteten die Anforderungen des Dienstbetriebes (noch) erfüllten, unterschieden werden. Letztere würden durch § 7 DO 1994 gar nicht angesprochen. Dieser Überprüfung diene u.a. die Dienstanweisung "Leistungsdiagnostik". Der Inhalt der Dienstanweisung "Leistungsdiagnostik" wird sodann wie folgt angegeben:

"Die obzitierte Dienstanweisung 'Leistungsdiagnostik' sieht nun in diesem Zusammenhang unter Punkt 1. 'Allgemeines' vor, dass die Leistungsdiagnostik zur Feststellung der körperlichen Leistungsfähigkeit der im Einsatzdienst befindlichen FeuerwehrbeamtInnen vor ihrer 'Definitivstellung' dient, dass die Teilnahme an der Leistungsdiagnostik für alle FeuerwehrmitarbeitInnen verpflichtend ist, dass die Untersuchungen ausschließlich von einem feuerwehrexternen, von der Magistratsabteilung 68 hierfür autorisierten sportwissenschaftlich orientierten Diagnoseinstitut vorgenommen werden und dass andere Leistungs- oder Eignungsnachweise nicht anerkannt werden.

Im Punkt 2. 'Umfang der Leistungsdiagnostik' werden unter der Überschrift 'Einzelprofil' unter anderem Klimmzüge angeführt. Gemäß Punkt 3. 'Wertung und Punkteverteilung' gilt der Test als bestanden, wenn in den Einzelprofilen Gewandtheit, Hindernislauf, Klimmzüge und Stufentest jeweils zumindest ein Wertungspunkt erzielt werden konnte, wobei hinsichtlich des Einzelprofils Klimmzüge ein Wertungspunkt bei einer Anzahl von fünf Klimmzügen erreicht wird. Wird in einem Einzelprofil kein Wertungspunkt erreicht, gilt der gesamte Test als nicht bestanden.

Gemäß Punkt 4. 'Wiederholungstermin' werden Wiederholungstermine festgesetzt, wenn ein Termin aus nicht vorhersehbaren Gründen nicht wahrgenommen werden konnte oder wenn das Ergebnis der letzten Leistungsdiagnostik negativ ausgefallen ist. Im letztgenannten Fall wird innerhalb einer Frist von drei bis maximal sechs Monaten ein Wiederholungstermin (Nachprüfung) im laufenden Kalenderjahr angesetzt.

Unter Punkt 6. 'Vorgangsweise bei Nichtbestehen des Tests' ist schließlich angeführt, dass ein zweimaliges zeitlich aufeinander folgendes Nichtbestehen des Leistungsdiagnostik-Tests als Nachweis einer für die Ableistung des Einsatzdienstes unzureichenden körperlichen Leistungsfähigkeit und damit als Verfehlen des 'Definitivstellungserfordernisses' gilt."

Die genannte Dienstanweisung sei am 16. Februar 2004 allen Bediensteten der MA 68 mit einer an alle Feuerwehrwachen gerichteten Verlautbarung zur Kenntnis gebracht worden, indem darauf hingewiesen worden sei, dass erstere im Intranet der Feuerwehr abrufbar sei. Zum Intranet der Feuerwehr habe der Beschwerdeführer Zugang gehabt.

Der Beschwerdeführer habe bereits seine erste Leistungsdiagnostik am 27. Juli 2001 nicht bestanden. Weitere Termine habe es 2001 und 2002 nicht gegeben. Die Leistungsdiagnostik für das Jahr 2002 habe der Beschwerdeführer am 25. März 2003 bestanden. Die Leistungsdiagnostik für das Jahr 2003 habe er am 25. Juli 2003 nicht bestanden, am Wiederholungstermin habe er nicht teilgenommen. Ab dem Jahr 2004 seien sämtliche (insgesamt vier aufeinander folgende) Leistungsdiagnostik-Tests (am 23. Juni und am 14. Dezember 2004 sowie am 26. Juli und am 13. Dezember 2005) mit einem negativen Ergebnis verlaufen.

Der Einwand des Beschwerdeführers, dass die in der Dienstanweisung vorgeschriebene Vorgangsweise nicht eingehalten worden wäre, sei unberechtigt. Die vor dem Wiederholungstermin vorgesehene Frist von drei bis sechs Monaten beginne bei zutreffender Auslegung der Dienstanweisung bereits mit dem Tag der nichtbestandenen Leistungsdiagnostik zu laufen. Dass der Beschwerdeführer den Leistungstest am 26. Juli 2005 nicht bestanden habe, habe ihm bewusst sein müssen. Hätte der Beschwerdeführer seine Gewichtsabnahme mit sportlichen Aktivitäten begleitet, so hätte ihn diese nicht geschwächt und insbesondere nicht daran gehindert, die erforderlichen fünf Klimmzüge zu erbringen.

Der Beschwerdeführer erhob Berufung. Er habe sein Körpergewicht und seine Kondition stark verbessert und ersuche daher nochmals um einen Termin zur Wiederholung der Leistungsdiagnostik sowie um eine Vorsprache beim Amtsarzt.

Mit Bescheid der erstinstanzlichen Dienstbehörde vom 22. Februar 2006 wurde dieser Berufung gemäß § 12 Abs. 2 DVG 1984 die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Die von der Berufungsbehörde im Zuge eines ergänzenden Ermittlungsverfahrens eingeholten genauen Testergebnisse ergaben folgendes Bild:

"LD vom 16. Juli 2001: 8 von 40 möglichen Punkten (= 20 %) erreicht, in den Einzelprofilen 'Gewandtheit' und 'Klimmzüge' (3 Klimmzüge wurden geschafft) wurde kein Wertungspunkt erzielt, der Test wurde somit nicht bestanden (Anm.: Der Beschwerdeführer wies bei diesem Test ein Körpergewicht von 100,5 kg auf).

LD vom 25. März 2003: 12 von 40 möglichen Punkten (= 30 %) und in allen Einzelprofilen zumindest einen Wertungspunkt erreicht (beim Einzelprofil 'Klimmzüge' wurde auf Grund von 5 erbrachten Klimmzügen genau ein Wertungspunkt erzielt), dieser Test wurde somit (als einziger) bestanden.

LD vom 25. Juli 2003: 6 von 30 möglichen Punkten (= 20 %) erreicht, im Einzelprofil 'Klimmzüge' wurde auf Grund von lediglich 3 erbrachten Klimmzügen kein Wertungspunkt erzielt, weshalb dieser Test nicht bestanden wurde.

LD vom 23. Juni 2004: 6 von 20 möglichen Punkten (= 30 %) erreicht, im Einzelprofil 'Klimmzüge' wurde wieder kein Wertungspunkt erzielt (lediglich 2 Klimmzüge), weshalb auch dieser Test nicht bestanden wurde.

LD vom 14. Dezember 2004: 2 von 20 möglichen Punkten (= 10 %) erreicht, es wurden wieder nur 2 Klimmzüge geschafft, weshalb in diesem Einzelprofil kein Wertungspunkt erzielt und der Test somit nicht bestanden wurde.

LD vom 26. Juli 2005: 7 von 20 möglichen Punkten (= 35%) erreicht, diesmal wurde nur 1 Klimmzug geschafft, weshalb es bei diesem Einzelprofil wieder keinen Wertungspunkt gab und der Test nicht bestanden wurde.

LD vom 13. Dezember 2005: 13 von 40 möglichen Punkten (= 32,5 %) erreicht, im Einzelprofil 'Klimmzüge' wurde wieder kein Wertungspunkt erzielt, da beim ersten Versuch lediglich 3 und beim zweiten Versuch auch nur 4 statt der geforderten 5 Klimmzüge vorgezeigt werden konnten. Somit wurde auch dieser Test nicht bestanden."

Der Vorgesetzte B gab in einer E-Mail vom 12. Oktober 2006 zum Gespräch mit dem Beschwerdeführer Folgendes an:

Nachdem der Beschwerdeführer die Leistungsdiagnostik nicht bestanden habe, sei ein Wiederholungstermin im Dezember festgesetzt worden. Er habe im Beisein von Ing. F und dem Personalvertreter A mit ihm ein Gespräch geführt und ihm unmissverständlich klar gemacht, dass der Dezember-Termin die letzte Möglichkeit sei, um die Leistungsdiagnostik zu bestehen. Bei Nichtbestehen werde die Magistratsabteilung 68 die Kündigung 'beantragen'. Dem Beschwerdeführer sei aber jede Hilfe angeboten worden (z.B. beim Training), um die Prüfung zu schaffen. Durch die Sporteinrichtungen auf den Feuerwachen wären ideale Bedingungen für die Vorbereitung gegeben gewesen. Seines Wissen habe das im Dienst absolvierte Training aus einem kurzen Versuch an der Reckstange und ansonsten ausschließlich aus dem Training am Crosstrainer bestanden. Dies sei zwar für die Ausdauer dienlich, nütze aber für die Klimmzüge nichts. Auch die Hilfe von sportlich orientierten Kollegen habe der Beschwerdeführer nicht angenommen. Mit gezieltem Training und ein wenig Willen wären fünf Klimmzüge auf alle Fälle zu schaffen gewesen. Die bei der im Dezember abgehaltenen Leistungsdiagnostik erbrachten vier Klimmzüge seien nicht einmal vier gewesen, da die Ausführung mehr als mangelhaft gewesen sei. Das Mindestmaß von fünf Klimmzügen sei aber für jeden Einsatzmitarbeiter der Berufsfeuerwehr 'ein absolutes Muss', um sich im Einsatzfall mit einem Atemschutzgerät auf einer Leiter halten zu können. Diese Anforderung sei wirklich jedem Mitarbeiter ab dem Eintritt zur Feuerwehr klar.

Die belangte Behörde führte eine mündliche Berufungsverhandlung durch, in welcher sie (neben zahlreichen Zeugen; siehe dazu die wiedergegebene Begründung des Bescheides) u. a. den Beschwerdeführer als Partei vernahm. Dort gab er an, dass ihm die Dienstanweisungen DAW B 1.9 vom Mai 1996 und ORG-DAW 301 vom 1. November 2003 im Vorhinein nicht bekannt gewesen seien, sondern er von diesen erst im Zuge des gegenständlichen Verfahrens Kenntnis erlangt hätte. Die Ergebnisse der Leistungsdiagnostik hätten ihm sehr wohl zu denken gegeben, was seine körperliche Fitness betreffe, aber auf seine Nachfrage hin sei ihm immer mitgeteilt worden, dass er verständigt werde, wenn es notwendig sei. Es sei ihm durchaus bewusst gewesen, dass die Leistungsdiagnostik einen Sinn hätten und etwas bedeuteten, er sei aber davon ausgegangen, dass man seitens des Dienstgebers an ihn herantreten werde. Dass er die notwendige Anzahl an Klimmzügen bei den Tests nicht erfüllt habe, habe er gewusst. Ebenso sei ihm klar gewesen, dass man den ganzen Test nicht bestehe, wenn man in einer Kategorie die Mindestanforderung nicht erfülle. Auf die Konsequenzen des Nichtbestehens sei er allerdings nicht aufmerksam gemacht worden. Sein erster Ansprechpartner sei Herr I vom S-Institut gewesen, der ihn allerdings hinsichtlich der mit einem nicht bestandenen Test verbundenen Konsequenzen auf die Personalabteilung der Feuerwehr verwiesen habe. Auch sein

Zugskommandant habe ihm mitgeteilt, dass sich die Personalabteilung zu gegebener Zeit bei ihm melden werde. Von der Gruppe, die mit ihm bei der Leistungsdiagnostik gewesen sei, habe niemand gesagt, dass es Probleme geben könnte. Das sei kein Gesprächsthema gewesen.

Momentan habe er ein Körpergewicht von 91 kg. Sein Körpergewicht habe sich seit seinem Dienstantritt langsam erhöht. In den Jahren 2004 und 2005 seien kurz hintereinander zwei nahe Angehörige verstorben, wodurch es wegen der Trauer zu einer weiteren Gewichtszunahme gekommen sei. Im Juni 2005 sei er bei Dr. X gewesen, der eine Reduzierung des Übergewichts auf 90 kg bis Jahresende empfohlen habe.

Beim Gespräch am 22. September 2005 sei das Nichtbestehen der letzten Leistungsdiagnostik am 26. Juli 2005 und das Erfordernis, zum Wiederholungstermin im November (Anm: der Wiederholungstest fand am 13. Dezember 2005 statt) anzutreten, besprochen worden. Er habe zwar schon im Jahr 2004 einen Wiederholungstermin gehabt, aber erstmals im Jahr 2005 habe man ihn auf die Natur eines Wiederholungstermins aufmerksam gemacht, indem er gewarnt worden sei, dass er bei Nichtbestehen des Tests mit dienstrechtlichen Konsequenzen zu rechnen habe.

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 8. November 2006 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und der erstinstanzliche Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, dass das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers zur Stadt Wien mit Zustellung des Berufungsbescheides gekündigt werde. Dem Beschwerdeführer gebühre eine Abfertigung im Ausmaß des fünffachen des Monatsbezuges, der seiner besoldungsrechtlichen Stellung beim Enden des Dienstverhältnisses entspreche.

Begründend führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges sowie der angewendeten Gesetzesbestimmung aus, der Beschwerdeführer sei mit 10. Juli 2000 in den Dienst der Stadt Wien eingetreten und am 1. Jänner 2001 als Feuerwehrmann in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis aufgenommen worden. Das rechnerische Ende der Probendienstzeit sei demnach mit Ablauf des 10. Juli 2006 anzunehmen. Die mit dem erstinstanzlichen Bescheid vom 2. Februar 2006 ausgesprochene Kündigung mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten ab Zustellung dieses Bescheides sei somit während der Probendienstzeit vorgenommen worden und daher zulässig gewesen. Weiters heißt es in der Begründung des angefochtenen Bescheides:

"Der Berufungswerber muss als Feuerwehrbeamter ... hohen körperlichen Anforderungen entsprechen, um seine dienstlichen Pflichten im Interesse der Dienstgeberin und der Öffentlichkeit ordnungsgemäß erfüllen zu können. Zur Überprüfung der körperlichen Eignung für den Einsatzdienst entwickelte die Feuerwehr ein Aufnahmeverfahren, wobei unter anderem auch das Erreichen von fünf Klimmzügen gefordert wird, und überprüft regelmäßig die körperliche Leistungsfähigkeit ihrer Bediensteten. Dazu ist sie auch auf Grund von gesetzlichen Vorschriften verpflichtet: Das Wiener Bedienstetenschutzgesetz 1998 - W-BedSchG 1998, LGBI. für Wien Nr. 49 in der Fassung LGBI. für Wien Nr. 7/2005, regelt im

5. Abschnitt die Gesundheitsüberwachung und normiert in § 42, dass sich Träger von Atemschutzgeräten und Bedienstete, die besonders belastender Hitze ausgesetzt sind, vor Aufnahme der Tätigkeit einer Eignungsuntersuchung und bei Fortdauer der Tätigkeit in regelmäßigen Abständen Folgeuntersuchungen zu unterziehen haben. Die Eignungs- und Folgeuntersuchungen müssen nach einheitlichen Richtlinien durchgeführt werden und eine Beurteilung über die Eignung (geeignet, nicht geeignet) liefern (§ 45 Abs. 1 W-BedSchG 1998). Gemäß § 6 Abs. 1 leg. cit. hat die Dienstgeberin bei der Übertragung von Aufgaben an Bedienstete deren Eignung in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit zu berücksichtigen und dabei insbesondere auf die Konstitution und Körperkräfte, Alter und Qualifikation Rücksicht zu nehmen. Bedienstete, von denen bekannt ist, dass sie an körperlichen Schwächen oder an Gebrechen leiden und dadurch bei bestimmten Arbeiten einer besonderen Gefahr ausgesetzt wären oder andere Bedienstete gefährden könnten, dürfen mit Arbeiten dieser Art nicht beschäftigt werden (§ 6 Abs. 3 leg. cit.).

Zur Feststellung der körperlichen Leistungsfähigkeit der im Einsatzdienst befindlichen Feuerwehrbeamten vor ihrer Definitivstellung entwickelte die MA 68 die Leistungsdiagnostik. Aus welchen Einzeltests sich diese Leistungsdiagnostik zusammensetzt, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Test als bestanden gilt und welche Konsequenzen an das Nichtbestehen dieses Tests geknüpft sind, ist in der Dienstanweisung ORG-DA 301 ('Leistungsdiagnostik') vom November 2003 bzw. in deren Vorgängerin DAW B 1.9 vom Mai 1996 geregelt.

Soweit der Berufungswerber geltend macht, dass gemäß § 7 DO 1994 die besonderen Anstellungserfordernisse vom Stadtsenat festzusetzen sind und die Dienstanweisung ORG-DAW 301 bzw. deren Vorgängerin nicht vom Stadtsenat erlassen worden sind, ist darauf hinzuweisen, dass aus § 7 DO 1994 - wie bereits die Behörde erster Instanz in ihrer

Bescheidbegründung zutreffend ausgeführt hat - nicht abgeleitet werden kann, dass bei Aufnahmen in Beamtengruppen, hinsichtlich derer keine Festsetzung der besonderen Anstellungserfordernisse durch den Stadtsenat erfolgt ist, an die Aufnahmewerber keine besonderen Anforderungen gestellt werden dürften, sondern bereits im Bewerbungsverfahren die in Aussicht genommene spätere Verwendung des Bewerbers zu berücksichtigen und die Eignung der Aufnahmewerber nach den Anforderungen des zu besetzenden Dienstpostens zu überprüfen ist. Bei seinem Vorbringen übersieht der Berufungswerber weiters, dass bereits auf Grund der Bestimmung des § 3 Abs. 1 Z 4 DO 1994 Aufnahmewerber unter anderem die zur Erfüllung der Dienstobliegenheiten notwendigen geistigen und körperlichen Fähigkeiten aufweisen müssen, wobei die an diese Fähigkeiten gestellten Anforderungen sich naturgemäß danach unterscheiden, für welche Verwendung die Aufnahme erfolgen soll. Für einen Bediensteten, der wie der Berufungswerber für die Verwendung im Feuerwehrdienst aufgenommen wird, werden daher höhere Anforderungen an die körperlichen Fähigkeiten gestellt werden als an zB für den Kanzleidienst aufzunehmende Bedienstete. Diese Fähigkeiten müssen aber nicht nur im Zeitpunkt der Anstellung gegeben sein, sondern dient gerade die Probezeit dazu, die Eignung des Beamten unter anderem auch in körperlicher Hinsicht zu prüfen, damit nur jene provisorischen Beamten in das definitive Dienstverhältnis übernommen werden, die allen Anforderungen entsprechen, die an einen Beamten im Allgemeinen, wie in Anbetracht der Verwendung, für die er aufgenommen wurde, gestellt werden. Dazu kommt - wie bereits zuvor ausgeführt - dass schon auf Grund der Bestimmungen des § 42 W-BedSchG 1998 für Feuerwehrbedienstete im Einsatzdienst Eignungs- und Folgeuntersuchungen gesetzlich vorgeschrieben sind.

Bei den beiden Dienstanweisungen ORG-DAW 301 bzw. DAW B 1.9 handelt es sich um generelle Weisungen der Feuerwehrdirektion, die allen Bediensteten der Feuerwehr bekannt gemacht wurden. Die Dienstanweisung ORG-DAW 301 ist seit 16. Februar 2004 im Intranet der Feuerwehr abrufbar. Die Verfügbarkeit im Intranet wurde den Bediensteten mit der an alle Feuerwachen gerichteten Verlautbarung der Feuerwehrdirektion vom 16. Februar 2004 zur Kenntnis gebracht. Auch die zuvor geltende Dienstanweisung DAW B 1.9 wurde durch die Verlautbarung der Feuerwehrdirektion vom 15. Juli 1996 bekannt gemacht und war ebenfalls im Intranet abrufbar. Auf Grund der übereinstimmenden Zeugenaussagen von Dipl.-Ing. H und Ing. F steht fest, dass jeder Bedienstete der Feuerwehr und damit auch der Berufungswerber Zugang zum Intranet hat und verpflichtet ist, sich über die darin veröffentlichten Dienstanweisungen Kenntnis zu verschaffen. Zudem liegt jede Dienstanweisung in der sich auf jeder Feuerwache befindlichen Wachesammlung auf, in der alle Dienstanweisungen in Papierform aufbewahrt werden. Auf Grund der Zeugenaussage von Dipl.-Ing. Dr. H steht weiters fest, dass in der Ausbildung ebenfalls mehrmals auf diese Dienstanweisung Bezug genommen wurde. Auch wenn der Berufungswerber die Kenntnisnahme dieser beiden Dienstanweisungen nicht schriftlich bestätigen musste, ist davon auszugehen, dass ihm diese beiden Dienstanweisungen bekannt waren oder sie ihm auf Grund seiner dienstrechtlichen Verpflichtung, sich über die in der MA 68 geltenden Dienstanweisungen Kenntnis zu verschaffen, zumindest bekannt sein hätten müssen. Der Berufungswerber selbst gab in der mündlichen Verhandlung zu, dass ihm durchaus bewusst war, dass die Leistungsdiagnostiktests von Bedeutung sind. Seine Aussage, er habe bis zum 22. September 2005, obwohl er bereits mehrmals die Tests nicht bestanden hatte, keine Kenntnis der beiden Dienstanweisungen gehabt, erscheint auf Grund der vorhin genannten Zeugenaussagen jedoch als reine Schutzbehauptung, zumal er in der mündlichen Verhandlung am 18. Oktober 2006 bei seiner Einvernahme aussagte, dass er gewusst habe, dass er die notwendige Anzahl an Klimmzügen bei den Leistungsdiagnostiktests nicht erreicht habe und ihm auch klar gewesen sei, dass man den ganzen Test nicht bestehe, wenn man in einer Kategorie die Mindestanforderung nicht erfülle. Dem Berufungswerber waren somit die für den vorliegenden Fall wesentlichen Inhalte der Dienstanweisung ORG-DAW 301 bzw. deren diesbezüglich gleich lautenden Vorgängerin DAW B 1.9 sehr wohl bekannt. Dies unterstreicht auch die Glaubwürdigkeit der Aussage des Zeugen Ing. F, aus der hervorgeht, dass es gelebte Praxis ist, dass intern unter den Kollegen sehr ausführlich über die geforderten Leistungslimits gesprochen wird. Im Übrigen müsste es einem in den Feuerwehrdienst aufgenommenen Beamten klar sein, dass die an ihm als Feuerwehrmann gestellten Anforderungen nur bei Vorliegen einer entsprechenden körperlichen Eignung erfüllt werden können.

Nach Punkt 6 der Dienstanweisung ORG-DAW-301 vom November 2003 bzw. der Vorgänger-Dienstanweisung DAW B 1.9 vom Mai 1996 führt ein zweimal aufeinander folgendes Nichtbestehen des Leistungsdiagnostiktests zum Verfehlen der Definitivstellungserfordernisse.

Der Berufungswerber hat während seiner Probeprobezeit - wie die vom S-Institut vorgelegten Testergebnisse zeigen - von insgesamt sieben absolvierten Tests nur einen, nämlich den am 25. März 2003, bestanden, während alle anderen

sechs Tests negativ waren. Bei allen sechs nicht bestandenen Tests scheiterte der Berufungswerber an den Klimmzügen, da er die geforderte Anzahl von fünf nicht erreichte, beim Test vom 16. Juli 2001 erzielte der Berufungswerber zusätzlich auch im Einzelprofil 'Gewandtheit' keinen Wertungspunkt.

Damit steht fest, dass der Berufungswerber die für einen Feuerwehrbeamten erforderliche körperliche Fitness während des überwiegenden Teiles seiner Probefristzeit nicht aufgewiesen hat. Eine entsprechende körperliche Fitness ist unbestritten unabdingbare Voraussetzung für den Feuerwehrdienst, denn nur dadurch kann sichergestellt werden, dass bei einem Einsatz kritische Situationen gemeistert werden können, ohne dass dabei eine Selbstgefährdung oder eine Gefährdung von Kollegen erfolgt.

Wenn der Berufungswerber geltend macht, es sei nicht einzusehen, warum das Nichtbestehen eines Testteils die anderen guten Testergebnisse zunichte mache, ist auf die Aussagen der Zeugen Dipl.-Ing. Dr. H und Ing. F sowie auf die E-Mail von Ing. B zu verweisen. Demnach ist die im Leistungsdiagnostest geforderte Anzahl von 5 Klimmzügen eine Mindestanforderung, damit sichergestellt ist, dass sich ein Feuerwehrbeamter auch mit schwerem Atemschutzgerät auf der Leiter halten kann bzw. sich an der Leiter hochziehen kann. Dass die dafür erforderlichen Muskeln ausreichend trainiert sind, kann nur anhand von Klimmzügen geprüft werden und ist nur durch das Erfordernis einer Mindestanzahl von Klimmzügen garantiert, dass Unfälle wie der vom Zeugen Ing. F geschilderte, bei dem sich ein Kollege nicht auf der Leiter halten konnte, vermieden werden können. Die Nichterbringung von Klimmzügen kann daher nicht - worauf auch in den beiden Dienstanweisungen ausdrücklich hingewiesen wird - durch gute Testergebnisse in einem anderen Einzelprofil ersetzt werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Berufungswerber bei seinen Leistungsdiagnostests die in den Einzelprofilen 'Gewandtheit', 'Stufentest' und 'Hindernislauf' geforderten Mindestanforderungen zwar erbracht hat, seine Testergebnisse, bei denen er jeweils zwischen 10 und 35 % der möglichen Punkte erzielte, aber nicht derart sind, dass man von einem guten Testergebnis sprechen könnte.

Soweit der Berufungswerber geltend macht, die in der Dienstanweisung ORG-DAW 301 vorgesehene Frist für seinen letzten Antritt zum Test sei nicht eingehalten worden, weil der Wiederholungstermin bereits zweieinhalb Monate nach dem Gespräch vom 22. September 2005 durchgeführt worden sei, ist darauf hinzuweisen, dass durch die in Punkt 4b der Dienstanweisung gewählte Formulierung 'im laufenden Kalenderjahr' unter Berücksichtigung, dass die Tests regelmäßig im Juni oder Juli stattfinden, klargestellt ist, dass die Frist von drei bis sechs Monaten bereits am Tag nach der negativen Prüfung zu laufen beginnt, sodass spätestens am Jahresende geklärt ist, ob der Beamte den Leistungstest des betreffenden Jahres geschafft hat. Damit ist der Schutzzweck dieser Regelung sichergestellt, nämlich dem Beamten eine ausreichende Zeit zur Verbesserung seiner körperlichen Leistungsfähigkeit zu bieten. Wie die erstinstanzliche Behörde nämlich zu Recht ausgeführt hat und vom Berufungswerber auch bei seiner Einvernahme im Rahmen der mündlichen Verhandlung bestätigt wurde, war dem Berufungswerber das negative Testergebnis bereits nach Abschluss der Prüfung bekannt, zumal er wusste, ob er die geforderte Anzahl an Klimmzügen erreicht hat oder nicht. Zudem wird das persönliche Ergebnis des Tests mit einem Mitarbeiter des externen Sportinstituts besprochen und steht anhand der veröffentlichten Tabelle der Wertungspunkte sofort fest, ob die Mindestanforderungen erbracht wurden.

Für den Dienstrechtssenat steht weiters fest, dass der Berufungswerber bei entsprechender Vorbereitung und Training die geforderte Mindestanzahl von 5 Klimmzügen beim Wiederholungstermin 13. Dezember 2005 jedenfalls erbringen hätte können, zumal ihm im Gespräch am 22. September 2005 auch entsprechende Unterstützung im Training angeboten wurde und auf Grund der in allen Feuerwachen bestehenden Sporteinrichtungen dieses Training sogar während der Dienstzeit möglich gewesen wäre. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Leistungsdiagnostests in der Praxis durchaus bestanden werden (Zeugen Dipl.-Ing. Dr. H und Ing. F, wobei Letzterer schätzte, dass etwa 97 bis 99 Prozent der Bewerber die Leistungsdiagnostests positiv absolvieren). Dem Vorbringen des Berufungswerbers, er sei beim Wiederholungstest am 13. Dezember 2005 benachteiligt gewesen, weil er auf Grund der Gewichtsreduktion auch Muskelmasse verloren habe, ist die Aussage des Zeugen Dr. X entgegen zu halten, der überzeugend erklärte, dass eine Gewichtsreduktion nicht automatisch mit einer Abnahme an Muskelmasse verbunden ist und bei entsprechendem Training selbst während einer Gewichtsreduktion die Muskelmasse erhöht werden könne.

Die mangelnde körperliche Fitness des Berufungswerbers steht zweifellos im Zusammenhang mit seinem Übergewicht. Während der Berufungswerber bei seiner Eignungsuntersuchung am 27. April 2000 bei einer Körpergröße von 183 cm

ein Gewicht von 86 kg aufwies, betrug sein Gewicht am 16. Juli 2001 bereits 100,5 kg. Bei der für die Definitivstellung des Berufungswerbers durchgeführten Untersuchung am 22. Juni 2005 wies der Berufungswerber - wie der ihn untersuchende Amtsarzt Dr. X aussagte - ein Körpergewicht von 113 kg auf, woraus sich ein Body Mass Index (BMI) von 33,74 (Gewicht in kg dividiert durch das Quadrat der Körpergröße in Metern) errechnet. Das Normalgewicht liegt bei einem BMI zwischen 18,5 und 24,9, das Idealgewicht von Männern bei 24. Ein BMI von 30 bis 34,9 bedeutet eine Adipositas (krankhaftes Übergewicht) ersten Grades. Beim BMI ist allerdings zu beachten, dass Muskeln eine höhere Dichte als Fett aufweisen, sodass Spitzensportler häufig ein hohes Körpergewicht haben, ohne dass es sich dabei um Übergewicht handelt. Dr. X führte diesbezüglich in der mündlichen Verhandlung allerdings aus, dass die Gewichtszunahme des Berufungswerbers nicht auf einen Muskelzuwachs, sondern auf eine reine Zunahme des Körperfetts zurück zu führen war. Dass die dargestellten Werte für einen Feuerwehrmann im Einsatzdienst unzureichend sind, bedarf keiner näheren Begründung, zumal Übergewicht - wie das Informationsblatt für die Aufnahme in den Feuerwehrdienst vom November 2003 zeigt - sogar einen gesundheitlichen Nichteignungsgrund für die Aufnahme in den Feuerwehrdienst darstellt.

Zum Vorbringen des Berufungswerbers, er habe abgenommen, weise nunmehr ein Gewicht von 91 kg auf und ersuche deshalb nochmals um einen Termin zur Wiederholung des Leistungsdiagnostest, ist auszuführen, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. Erkenntnis vom 19. September 1979, Zl. 1632/79) der Mangel der körperlichen (oder geistigen) Eignung für die Kündigung ausreichend ist. Dass dieser Mangel ein dauernder oder gar unbehebbarer sein müsste, wird keineswegs gefordert. Nicht gegeben wäre er auf Grund von Folgen einer ihrer Natur nach kurz dauernden Erkrankung. Ist Ursache für den Mangel der Eignung aber ein habituellem Zustand (im konkreten Fall war der Beamte laut amtsärztlichem Gutachten auf Grund seiner körperlichen Konstitution für den Exekutivdienst ungeeignet), dann reicht es für die Kündigung aus, wenn der daraus resultierende Mangel im Zeitpunkt dieser dienstrechtlichen Maßnahme besteht. Die Möglichkeit oder selbst die Wahrscheinlichkeit, mit der Ursache werde in einem in der Zukunft liegenden, aber noch ungewissen und jedenfalls nicht mit Sicherheit unmittelbar bevorstehenden Zeitpunkt auch der Mangel wegfallen, beseitigt den notwendigerweise auf den Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung zu projizierenden Kündigungsgrund nicht.

Auch in seinem Erkenntnis vom 20. Februar 2002, Zl. 2001/12/0160 mwN, hat der VwGH ausgesprochen, dass es für die Berechtigung der Kündigung eines provisorischen Dienstverhältnisses nicht darauf ankommt, 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. Bei der Ermessensentscheidung darüber, ob ein Beamter, der sich während des Beobachtungszeitraumes in gesundheitlicher Hinsicht nicht bewährt hat, zu kündigen ist, 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.

Im gegenständlichen Fall hat der Berufungswerber während des überwiegenden Teiles seiner Probefristzeit die für den Einsatzdienst der Feuerwehr erforderliche körperliche Fitness - wie die sechs nicht bestandenen Leistungsdiagnostest im Zeitraum vom Juli 2001 bis Dezember 2005 zeigen - nicht erfüllt. Durch die fehlende körperliche Fitness gefährdet der Berufungswerber sowohl sich selbst als auch die am Einsatz beteiligten Kollegen. Zudem ist es der Feuerwehr nicht zumutbar und nach dem Wiener Bedienstetenschutzgesetz 1998 sogar verboten, einen Bediensteten mit mangelhafter körperlicher Eignung weiter mit gefahrgeneigten Aufgaben zu betrauen und damit bewusst in Kauf zu nehmen, dass die Qualität der Leistung sinkt und erhöhte Gefährdungen für den Berufungswerber, seine Kollegen und die Bevölkerung geschaffen werden. Selbst wenn der Berufungswerber im Moment infolge der Gewichtsreduktion und verstärkten Trainings die für den Feuerwehrdienst erforderliche körperliche Fitness aufweisen sollte, kann auf Grund der während des Beobachtungszeitraumes gemachten Erfahrungen keine positive Zukunftsprognose gestellt werden. Wenn der Berufungswerber nämlich selbst in der Zeit der Beobachtung und der Kündbarkeit die für den Feuerwehrdienst erforderliche körperliche Fitness in der überwiegenden Zeit nicht aufweist, ist mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass er diese nach Erreichen der



Definitivstellung und somit dienstrechtlichen Absicherung gegen eine Kündigung - wie bereits in den Jahren zuvor - ebenfalls nicht aufweisen wird. Es war daher der Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz, mit der die Kündigung des Berufungswerbers ausgesprochen wurde, zu bestätigen."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der Beschwerdeführer erklärt, den angefochtenen Bescheid zur Gänze anzufechten. Er macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften mit dem Antrag geltend, den angefochtenen Bescheid aus diesen Gründen aufzuheben.

Darüber hinaus stellt er den Antrag, der Verwaltungsgerichtshof möge feststellen, dass ein Verfall von Urlaub und Freizeitausgleich bis zum Ende dieses Verfahrens nicht erfolgen könne und dem Beschwerdeführer entweder der Verbrauch dieser Ansprüche zu gewähren sei oder eine Abfertigung offener Ansprüche zu erfolgen habe.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in welcher die Abweisung der Beschwerde als unbegründet bzw. die Zurückweisung des zuletzt genannten Feststellungsantrages beantragt wird.

Mit Beschluss vom 2. Juli 2007, Zl. A 2007/0157, stellte der Verwaltungsgerichtshof aus Anlass des vorliegenden Beschwerdefalles gemäß Art. 140 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den Antrag,

"1. in § 16 Abs. 1 dritter Satz der (Wiener) Dienstordnung 1994, Kundmachung der Wiener Landesregierung LGBl. Nr. 56/1994 (im Folgenden: DO 1994), in der Fassung dieses Paragraphen nach Art. I Z. 2a des Landesgesetzes LGBl. Nr. 122/2001 (der angefochtene Satz für sich genommen unverändert auf die Stammfassung zurückgehend, der Absatz, in welchem dieser Satz eingebettet ist, für sich genommen lediglich durch das Landesgesetz LGBl. Nr. 34/1999 modifiziert), die Wortfolge 'bei der Stadt Wien' als verfassungswidrig aufzuheben,

in eventu

2. den dritten, vierten und fünften Satz des § 16 Abs. 1 DO 1994 in der oben umschriebenen Fassung dieses Paragraphen bzw. Absatzes (der dritte und vierte Satz für sich genommen in der Fassung der zitierten Wiederverlautbarungskundmachung, der fünfte Satz für sich genommen lediglich modifiziert durch das Landesgesetz LGBl. Nr. 34/1999) als verfassungswidrig aufzuheben."

Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 4. Dezember 2008, G 184/07-22, wurde dem Eventualantrag des Verwaltungsgerichtshofes stattgegeben, der Hauptantrag hingegen zurückgewiesen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

I./ Zur Beschwerde gegen die mit dem angefochtenen Bescheid ausgesprochene Kündigung:

§ 10 Abs. 1 bis 3 DO 1994 in der Fassung des Landesgesetzes LGBl. Nr. 34/1999 lautete:

"§ 10. (1) Erreicht der Beamte den allgemein erzielbaren Arbeitserfolg nicht, so ist er vom Dienststellenleiter aufzufordern, die Dienstleistung zu verbessern.

(2) Erreicht der Beamte während des der Aufforderung gemäß Abs. 1 folgenden Jahres den allgemein erzielbaren Arbeitserfolg nicht, obwohl er nach sechs und nach weiteren drei Monaten jeweils vom Dienststellenleiter ermahnt worden ist, so hat der Dienststellenleiter dies im Dienstweg dem Dienstrechtssenat zu berichten, sofern nicht die Kündigung des Beamten in Betracht kommt.

(3) Der Dienstrechtssenat hat mit Bescheid festzustellen, ob der Beamte während des in Abs. 2 genannten Jahres den allgemein erzielbaren Arbeitserfolg erreicht hat. ..."

Durch das Landesgesetz LGBl. Nr. 49/2005 wurden Abs. 2 und 3 des § 10 DO 1994 neu gefasst und lauten nunmehr:

"(2) Erreicht der Beamte während des der Aufforderung gemäß Abs. 1 folgenden Jahres den allgemein erzielbaren Arbeitserfolg nicht, obwohl er nach sechs und nach weiteren drei Monaten jeweils vom Dienststellenleiter ermahnt worden ist, hat der Magistrat - sofern nicht die Kündigung des Beamten in Betracht kommt - dies mit Bescheid festzustellen und gleichzeitig zu verfügen, dass das Gehalt des Beamten für die Dauer von zwölf Monaten, beginnend ab dem dem Eintritt der Rechtskraft des Bescheides folgenden Monat, um den Betrag einer Gehaltsvorrückung zu kürzen ist.

(3) Grundlage für die Erlassung eines Bescheides gemäß Abs. 2 hat eine den unzureichenden Arbeitserfolg darlegende Dokumentation des Dienststellenleiters zu sein. Die Aufforderung gemäß Abs. 1 sowie die erfolgten Ermahnungen

gemäß Abs. 2 sind nachzuweisen."

Gemäß § 14 Abs. 1 DO 1994 sind näher genannte, dem Tag der Antragstellung vorangegangene Zeiten dem Beamten für die Vorrückung zur Gänze anzurechnen. Gemäß § 14 Abs. 2 DO 1994 in der im Zeitpunkt der Begründung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers geltenden Fassung (LGBl. Nr. 34/1999) waren die dem Tag der Antragstellung vorangegangenen Zeiten, die nicht nach Abs. 1 anzurechnen sind, dem Beamten für die Vorrückung zur Hälfte anzurechnen.

§ 16 Abs. 1 DO 1994 (in der Fassung nach der Wiederverlautbarungskundmachung LGBl. Nr. 56/1994; die vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Bestimmungen sind unterstrichen) lautete:

"Probendienstzeit

§ 16. (1) Die Anstellung wird nach Ablauf der Probendienstzeit definitiv. Die Probendienstzeit beträgt sechs Jahre und dauert jedenfalls bis zum vollendeten 26. Lebensjahr. Auf die Probendienstzeit zählen die Dienstzeiten, die bei der Stadt Wien ununterbrochen und unmittelbar der Anstellung vorangehend zugebracht wurden, soweit diese nicht gemäß § 14 Abs. 4 von einer Anrechnung für die Vorrückung ausgeschlossen sind. Als ununterbrochen und unmittelbar vorangegangen gelten Dienstzeiten auch dann, wenn eine Dienstzeitunterbrechung, bei mehreren Unterbrechungen jede für sich allein, sechs Monate nicht übersteigt. Die Zeit eines Präsenzdienstes, eines Zivildienstes oder eines gleichartigen Dienstes ist bei der Beurteilung, ob eine Dienstzeit als ununterbrochen oder als unmittelbar vorangegangen gilt, außer Betracht zu lassen. "

Gemäß § 71 Abs. 1 Z. 2 DO 1994 wird das Dienstverhältnis durch Kündigung, gemäß Z. 4 leg. cit. durch Entlassung aufgelöst.

§ 72 Abs. 1 und 5 DO 1994 (die wiedergegebenen Teile in der Stammfassung) lautet:

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

...

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

...

fünf Jahren

drei Monate.

..."

Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, eine Kündigung seines Dienstverhältnisses gemäß § 72 DO 1994 sei unzulässig, weil unter Berücksichtigung der dem Beschwerdeführer anzurechnenden Vordienstzeiten seit 1994 das Dienstverhältnis "offensichtlich bereits längst", und zwar mit 1. Jänner 2001, in ein "pragmatisches Dienstverhältnis" übergegangen sei. Eine Auflösung wäre daher ausschließlich durch Entlassung gemäß § 74 DO 1994 möglich gewesen. Entlassungsgründe habe der Beschwerdeführer jedoch nicht gesetzt. Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang einerseits auf den Bescheid der erstinstanzlichen Dienstbehörde vom 9. November 2000 betreffend Anrechnung von Vordienstzeiten, andererseits auf eine Bestätigung der belangten Behörde, aus welcher hervorgehe, dass er sich bereits in einem "pragmatischen Dienstverhältnis" befinde.

Dem ist Folgendes entgegen zu halten:

Gemäß § 72 Abs. 1 DO 1994 kann das Dienstverhältnis während der Probendienstzeit durch Kündigung aufgelöst werden. Gemäß § 16 Abs. 1 zweiter Satz DO 1994 beträgt die Probendienstzeit (jedenfalls) sechs Jahre. Diese Zeit ist jedoch seit Begründung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers (1. Jänner 2001) nicht verstrichen.

Die Bestimmungen betreffend die Anrechnung von (Vor-)Dienstzeiten auf die Probendienstzeit (der dritte bis fünfte Satz des § 16 Abs. 1 DO 1994) sind im hier vorliegenden Anlassfall der Aufhebung dieser Sätze durch den Verfassungsgerichtshof nicht mehr anzuwenden. In der vom Beschwerdeführer vorgelegten Bestätigung, in welcher

von seinem "pragmatischen Dienstverhältnis" gesprochen wird, wird offensichtlich bloß auf den öffentlich-rechtlichen Charakter Bezug genommen, welchen dieses ab dem 1. Jänner 2001 erlangt hat.

Der Beschwerdeführer bestreitet darüber hinaus das Vorliegen eines Kündigungsgrundes, zumal seine Dienstbeurteilung auf "sehr gut" gelaute habe, er nicht hinreichend auf die Wichtigkeit des Absolvierens von fünf Klimmzügen hingewiesen worden sei und ein derartiger Kündigungsgrund gesetzlich nicht vorgeschrieben sei.

Dem ist Folgendes zu erwidern:

§ 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 gebunden. Freilich muss die Ermessensübung im Sinne des Gesetzes erfolgen. Dieser besteht - entsprechend dem Zweck der Einrichtung der Probendienstzeit bzw. des provisorischen Dienstverhältnisses - darin, den Beamten auf 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. hierzu das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 2005, Zl. 2004/12/0141, mit weiteren Nachweisen).

Vor diesem Hintergrund ist der belangten Behörde nicht entgegen zu treten, wenn sie das Fehlen der für die eigene Sicherheit eines Feuerwehrmannes und die seiner Kollegen erforderlichen körperlichen Eignung während weiter Teile des Beobachtungszeitraumes in Verbindung mit der Zweifelhaftheit einer dauerhaften Wiedererlangung derselben als Grund für die Aufkündigung des provisorischen Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers gemäß § 72 Abs. 1 DO 1994 angesehen hat. Aus welchen Gründen gerade der durch das Absolvieren von Klimmzügen getestete Aspekt der körperlichen Eignung für einen Feuerwehrmann unverzichtbar ist, wurde im angefochtenen Bescheid gleichfalls dargelegt; diesen - nicht zu beanstandenden - Erwägungen der belangten Behörde tritt die Beschwerde nicht entgegen.

Wenn der Beschwerdeführer vorbringt, ihm sei die Wichtigkeit des Bestehens der Leistungskontrolle auch in Ansehung der Klimmzüge nicht hinreichend bewusst gewesen, so entfernt er sich mit dieser Behauptung von den Feststellungen der belangten Behörde, wonach ihm die Dienstanweisung "Leistungsdiagnostik" bekannt gewesen sei und er überdies in einem persönlichen Gespräch vom Vorgesetzten B Mitte September 2005 darauf hingewiesen wurde. Argumente gegen die diesbezügliche Beweiswürdigung der belangten Behörde werden nicht vorgebracht.

Darüber hinaus ist aber festzuhalten, dass das Vorliegen des von der belangten Behörde herangezogenen Kündigungsgrundes ein Verschulden des Beamten nicht voraussetzt. Insoweit die belangte Behörde sich aber auch darauf gestützt hat, dass es der Beschwerdeführer durch mehrere Jahre verabsäumt hat, sich die erforderliche körperliche Fitness wiederum anzutrainieren, könnte einer solchen Beurteilung schon auf Basis der eigenen Angaben des Beschwerdeführers in seiner Parteienvernehmung nicht entgegen getreten werden, zumal er selbst zugesteht, gewusst zu haben, dass der Leistungstest nicht bestanden ist, wenn in einer Kategorie die Mindestanforderung nicht erfüllt werde, ihm also das Erfordernis einer Verbesserung seiner diesbezüglichen Leistungsfähigkeit durchaus bekannt war.

Schließlich ist auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf seine sehr gute Dienstbeschreibung nicht geeignet, eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen. Die Dienstbeschreibung soll gemäß § 10 Abs. 1 DO 1994 den allgemein erzielbaren Arbeitserfolg umschreiben. Vorliegendenfalls wurde aber als Kündigungsgrund nicht ein ungenügender Arbeitserfolg ins Treffen geführt, sondern das - potenziell zu einer Selbst- oder Fremdgefährdung führende - Fehlen der erforderlichen körperlichen Eignung. Darüber hinaus zeigt aber § 10 Abs. 2 DO 1994, und zwar sowohl in seiner Fassung vor, als auch nach der Novelle LGBl. Nr. 49/2005, dass eine negative Leistungsfeststellung keine Voraussetzung für die Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses darstellt.

Aus diesen Erwägungen war die Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid, soweit er die Kündigung des Dienstverhältnisses aussprach, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

II./ Zur Beschwerde gegen die im angefochtenen Bescheid getroffene Feststellung betreffend Abfertigung:

Da die belangte Behörde eine solche nach Art. 133 Z. 4 B-VG ist, ist eine Beschwerde gegen von ihr erlassene Bescheide nur zulässig, wenn sie vom Gesetzgeber ausdrücklich eingeräumt wurde. Dies ist in Ansehung der hier

getroffenen Feststellung nicht der Fall, weil sie - anders als die Kündigung - von § 74a Abs. 3 letzter Satz DO 1994 nicht erfasst ist.

Die Beschwerde war insoweit gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen.

III./ Zu dem unter 2. der Beschwerdeanträge enthaltenen Feststellungsantrag:

Über Fragen der Rechtsfolgen der Aufkündigung des provisorischen Dienstverhältnisses für Urlaubs- und Freizeitsausgleichsansprüche des Beschwerdeführers hat der angefochtene Bescheid nicht abgesprochen. Für die unter Punkt 2. des Urteilsantrages genannte Feststellung ist der Verwaltungsgerichtshof nicht zuständig.

Der diesbezügliche Antrag war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455, insbesondere deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 10. März 2009

#### **Schlagworte**

Ermessen besondere Rechtsgebiete

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

ECLI:AT:VWGH:2009:2008120238.X00

#### **Im RIS seit**

03.04.2009

#### **Zuletzt aktualisiert am**

03.07.2009

**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)