

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/11/19 96/12/0194

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.11.1997

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

## Norm

AVG §68 Abs1;  
BDG 1979 §242 Abs2 idF 1994/550;  
BDG 1979 §81 Abs1 Z3;  
BDG 1979 §82 Abs2;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß, Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Keller, in der Beschwerdesache des J in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Dr. Peter Ringhofer, Dr. Martin Riedl und Dr. Georg Riedl, Rechtsanwälte in Wien I, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid der Leistungsfeststellungskommission der Post und Telegraphendirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 22. April 1996, Zl. 309 063-01/96, betreffend negative Leistungsfeststellung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 13.010,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der 1958 geborene Beschwerdeführer stand bis zur Erlassung des angefochtenen Bescheides der belangten Behörde vom 22. April 1996 als Oberoffizial in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Seine letzte Dienststelle war das Postamt 1015 Wien, in dem er im Verteildienst für Inlandspostsendungen beschäftigt war.

Im Kalenderjahr 1994 wurde der Beschwerdeführer mehrfach überprüft (30. August, 29. September und 29. Dezember) und wegen seines unter der Normalleistung (Kartierung von 1360 Sendungen pro Stunde) liegenden Arbeitserfolges ermahnt. Parallel zu einem Disziplinarverfahren aus Anlaß eines Vorfallen im Zuge der ersten Überprüfung (Vorwurf, der Beschwerdeführer habe am 30. August 1994 ohne Abmeldung den Dienst verlassen) wurde ein

Leistungsfeststellungsverfahren durchgeführt. Letztlich stellte die belangte Behörde mit Bescheid vom 21. April 1995 fest, daß der Beschwerdeführer im Kalenderjahr 1994 den von ihm zu erwartenden Arbeitserfolg nicht aufgewiesen habe (erste negative Leistungsfeststellung). Der Beschwerdeführer ließ diesen Bescheid unbekämpft.

Im Zuge des oberwähnten Disziplinarverfahrens war der Beschwerdeführer ab 22. Februar 1995 bis einschließlich 17. Juli 1995 (Zustellung des die Suspendierung rückwirkend aufhebenden Bescheides der Disziplinaroberkommission vom 31. Mai 1995) vom Dienst suspendiert. Auf Grund einer Dienstaufforderung trat der Beschwerdeführer am 17. Juli 1995 um 14.00 Uhr wieder seinen Dienst an. Das Disziplinarverfahren selbst endete mit der im Instanzenzug von der DOK verhängten Geldstrafe im Ausmaß von S 30.000,--.

Der Beschwerdeführer wurde in der Folge am 25. Juli und am 7. Dezember 1995 überprüft. Mit Schreiben vom 22. Jänner 1996 berichtete der Vorgesetzte der Dienstbehörde erster Instanz über die dienstlichen Leistungen des Beschwerdeführers, wobei der Vorgesetzte seine Beurteilung auf die Leistungsüberprüfung vom 7. Dezember 1995 stützte, die neuerlich eine unterdurchschnittliche Arbeitsleistung ergeben habe. Nach den vorgelegten Akten war dieser Bericht des Vorgesetzten dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht worden, der jedoch die Unterschriftsleistung darunter verweigert hatte.

Mit Schreiben vom 14. Februar 1996 teilte die Dienstbehörde erster Instanz dem Beschwerdeführer gemäß § 87 Abs. 1 BDG 1979 mit, er habe in der Zeit vom 21. Juli 1995 bis 21. Jänner 1996 den von ihm zu erwartenden Arbeitserfolg nicht aufgewiesen.

Auf Grund des vom Beschwerdeführer erhobenen Einspruches stellte die belangte Behörde mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 22. April 1996 fest, der Beschwerdeführer habe in der Zeit vom 17. Juli 1995 bis 17. Jänner 1996 den von ihm zu erwartenden Arbeitserfolg trotz nachweislicher Ermahnung nicht aufgewiesen. Nach der Begründung des angefochtenen Bescheides ging die belangte Behörde von der Anwendbarkeit des § 82 Abs. 2 BDG 1979 (Anmerkung: in der Fassung des Art. I Z. 23 des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBl. Nr. 550) aus, wonach der Beurteilungszeitraum für die auf eine negative Leistungsfeststellung im Sinne des § 81 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979 folgende durchzuführende neuerliche Leistungsfeststellung sechs Monate beträgt. Die belangte Behörde ging dabei davon aus, daß der (zweite) Beurteilungszeitraum wegen der im Jahr 1995 teilweise bestandenen Suspendierung des Beschwerdeführers erst mit seinem Dienstantritt am 17. Juli 1995 zu laufen begonnen habe. Sie setzte sich mit den Einwendungen des Beschwerdeführers näher auseinander, der unter Anbot einer Videoaufzeichnung als Beweismittel das Zutreffen der zweiten negativen Leistungsfeststellung zugrundeliegenden Ergebnisse der Leistungsüberprüfung vom 7. Dezember 1995 bestritt.

Mit Beschuß vom 2. Juli 1997, 96/12/0194-5, gab der Verwaltungsgerichtshof den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gemäß § 41 Abs. 1 zweiter Satz VwGG Gelegenheit, sich zur bisher im Verfahren nicht erörterten Frage, ob im Beschwerdefall nicht ein Anwendungsfall des § 242 Abs. 2 BDG 1979 in der Fassung des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBl. Nr. 550, vorliege, innerhalb von acht Wochen nach Zustellung des Beschlusses zu äußern.

Von dieser Möglichkeit haben beide Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Gebrauch gemacht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

In seiner obzitierten Anfrage nach § 41 Abs. 1 zweiter Satz VwGG hatte der Verwaltungsgerichtshof seine vorläufige Rechtsansicht, im Beschwerdefall liege ein Anwendungsfall der Übergangsbestimmung des § 242 Abs. 2 BDG 1979 mit dem Ergebnis, daß die alte Rechtslage weiterhin anzuwenden sei, vor, wie folgt begründet:

"1. Das Besoldungsreform-Gesetz 1994, BGBl. Nr. 550, das am 1. Jänner 1995 in Kraft getreten ist, hat in seinem Art. I Z. 21 bis 31 Abänderungen des achten Abschnittes des BDG 1979, der das Leistungsfeststellungsverfahren regelt (§§ 81 bis 90), gebracht.

2. Die aus der Sicht des Beschwerdefalles interessierenden Abänderungen betreffend die negative Leistungsfeststellung (im Sinne des § 81 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979) brachten folgende Änderungen:

-

Erfordernis einer zweimaligen nachweislichen Ermahnung (bisher genügte eine einmalige Ermahnung) bei gleichzeitiger Neubestimmung des Beurteilungszeitraumes.

Nach § 81a Abs. 2 BDG 1979 neue Fassung gilt für eine negative Leistungsfeststellung nach § 81 Abs. 1 Z. 3 als Beurteilungszeitraum der Zeitraum vom Tag der ersten nachweislichen Ermahnung bis zu dem Tag, der drei Monate nach der zweiten nachweislichen Ermahnung liegt. Da nach § 81 Abs. 1 Z. 3 neue Fassung die zweite Ermahnung frühestens drei, spätestens aber fünf Monate nach der ersten zu erfolgen hat, verkürzt sich der Beurteilungszeitraum für die erste negative Leistungsfeststellung im Sinne des § 81 Abs. 1 Z. 3 auf sechs bzw. acht Monate - gerechnet ab der ersten Ermahnung. Damit ist der Beurteilungszeitraum für die (erste) negative Leistungsfeststellung nach § 81 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979 nF nach der neuen Rechtslage nicht mehr an das Kalenderjahr gebunden und gleichzeitig verkürzt (bisher ein Jahr).

-  
Verkürzung des Beurteilungszeitraumes für die auf die erste negative Leistungsfeststellung folgende neuerliche Leistungsfeststellung von bisher einem Jahr auf sechs Monate (§ 82 Abs. 2 nF);

-  
Entlassung kraft Gesetzes nach § 22 BDG 1979 nF bereits mit Rechtskraft der zweiten negativen Leistungsfeststellung in Folge (bisher erfolgte die Entlassung erst mit Rechtskraft der dritten negativen Leistungsfeststellung in Folge).

3. Die Übergangsbestimmung des § 242 BDG 1979 in der Fassung des Art. I Z. 47 des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBl. Nr. 550, lautet:

"(1) Am 1. Jänner 1995 anhängige Leistungsfeststellungsverfahren, die nach den §§ 81 bis 90 in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 1994 geltenden Fassung eingeleitet worden sind, sind nach den bisherigen Vorschriften zu Ende zu führen.

(2) Auf Beamte, über die gemäß § 81 Abs. 1 Z. 3 die Feststellung getroffen worden ist, daß sie den von ihnen zu erwartenden Arbeitserfolg nicht aufweisen und für die diese Feststellung am 1. Jänner 1995 gültig ist, sind, solange für sie eine Feststellung nach § 81 Abs. 1 Z. 3 gültig ist, die §§ 22 und 81 bis 90 in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 1994 geltenden Fassung weiter anzuwenden."

Die EB zur Regierungsvorlage zum Besoldungsreform-Gesetz 1994, 1577 Blg.Sten.Prot. NR 18. GP, Seite 174, führen zu dieser Bestimmung folgendes aus:

"Nach Abs. 1 sollen aus Gründen der Rechtssicherheit die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens anhängigen Leistungsfeststellungsverfahren nach den bisherigen Vorschriften zu Ende geführt werden.

Durch Abs. 2 soll sichergestellt werden, daß - insbesondere im Hinblick auf die Auswirkungen einer "negativen Leistungsfeststellung" - für Beamte, über die eine bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes gültige Feststellung getroffen worden ist, daß sie den von ihnen zu erwartenden Arbeitserfolg nicht aufweisen, die bisherigen Vorschriften weiterhin Anwendung finden."

4. Die Anwendbarkeit des § 242 Abs. 2 BDG 1979 nF setzt voraus, daß

- über den Beamten eine negative Leistungsfeststellung nach § 81 Abs. 1 Z. 3 getroffen wurde und
- diese Feststellung am 1. Jänner 1995 gültig ist.

4.1. Was die erste Tatbestandsvoraussetzung betrifft, geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, daß es sich dabei um eine negative Leistungsfeststellung handelt, die in Anwendung des Altrechtes (d.h. BDG 1979 in der Fassung vor der Novelle durch das Besoldungsreform-Gesetz 1994) getroffen wurde. Daß der Akt der rechtsverbindlichen Feststellung (Mitteilung der Dienstbehörde nach § 87 Abs. 2 oder Bescheid der Leistungsfeststellungskommision nach § 87 Abs. 5 BDG 1979) vor dem 1. Jänner 1995 ergangen sein muß, läßt sich weder aus dem Wortlaut noch aus den EB zur RV zu dieser Bestimmung zwingend ableiten. Für die mangelnde Rechtserheblichkeit dieses Umstandes spricht auch eine verfassungskonforme Auslegung: Wäre nämlich der Zeitpunkt der Erlassung der rechtsverbindlichen Leistungsfeststellung erheblich, hinge die Anwendbarkeit des § 242 Abs. 2 BDG 1979 von einem zufallsbedingten Ereignis ab, auf das der betroffene Beamte überhaupt keinen Einfluß hat. Die Vergangenheitsform, in der die erste Tatbestandsvoraussetzung formuliert ist, bringt daher lediglich zum Ausdruck, daß die negative Leistungsfeststellung auf Grund der Altrechtslage ergangen ist. Die erste Tatbestandsvoraussetzung nach dieser Bestimmung ist daher auch

dann erfüllt, wenn der Akt der rechtsverbindlichen Leistungsfeststellung zwar in Anwendung des Altrechtes, aber nach dem 1. Jänner 1995 gesetzt wurde. Insoweit besteht ein Zusammenhang mit § 242 Abs. 1 BDG 1979 (der sich freilich nicht bloß auf die Fälle der negativen Leistungsfeststellung erstreckt).

Die erste Tatbestandsvoraussetzung ist im Beschwerdefall erfüllt. Übereinstimmend gehen beide Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens davon aus, daß die erste negative Leistungsfeststellung für den Beschwerdeführer durch den Bescheid der belangten Behörde vom 21. April 1995 für das Kalenderjahr 1994 und damit offenkundig nach der Altrechtslage erfolgte, weil der Beurteilungszeitraum für eine negative Leistungsfeststellung nach der neuen Rechtslage verkürzt und vom Kalenderjahr abgekoppelt wurde. Dies findet auch in § 242 Abs. 1 BDG 1979 seine Rechtsgrundlage, wenn man davon ausgeht, daß für die Anhängigkeit eines negativen Leistungsfeststellungsverfahrens zum 1. Jänner 1995 bereits das Vorhandensein einer Ermahnung im Sinne des § 81 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979 aF ausreicht, die vor diesem Stichtag nach der Altrechtslage ausgesprochen wurde. Dem steht der Wortlaut des § 242 Abs. 1 leg. cit. nicht entgegen, stellt doch diese Bestimmung ohne weitere Differenzierung auf die §§ 81 bis 90 schlechthin ab.

4.2. Was die zweite Tatbestandsvoraussetzung nach § 242 Abs. 2 BDG 1979 nF betrifft, so ist auch diese nach vorläufiger Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes im Beschwerdefall erfüllt. Wird nämlich eine negative Leistungsfeststellung rechtsverbindlich ausgesprochen, so ist für den nächstfolgenden Beurteilungszeitraum eine neuerliche Leistungsfeststellung durchzuführen (§ 82 Abs. 2 leg. cit.). Dieser Zeitraum schließt auch nach der Altrechtslage an den der negativen rechtsverbindlichen Leistungsfeststellung zugrundeliegenden Beurteilungszeitraum an. Insofern entfaltet auch die negative Leistungsfeststellung eine zukunftsgerichtete Wirkung, die mit einem vor ihrer rechtsverbindlichen Erlassung liegenden Zeitpunkt beginnt und ist insofern bis zur Erlassung der neuerlichen Leistungsfeststellung "gültig".

Dies bedeutet im Beschwerdefall, daß die erste mit Bescheid der belangten Behörde vom 21. April 1995 über den Beschwerdeführer nach der Altrechtslage für das Kalenderjahr 1994 ausgesprochene negative Leistungsfeststellung am 1. Jänner 1995 gültig war.

5. Trifft diese vorläufige Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes zu, daß im Beschwerdefall ein Anwendungsfall des § 242 Abs. 2 BDG 1979 nF vorliegt, dann wäre der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes nach § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben, weil die zweite negative Leistungsfeststellung, die im angefochtenen Bescheid ausgesprochen wurde, über den Beschwerdeführer nach der neuen Rechtslage durchgeführt wurde, obwohl die Anwendung der Altrechtslage geboten gewesen wäre."

Die belangte Behörde ist in ihrer Äußerung vom 8. August 1997 dieser vorläufigen Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes im wesentlichen mit folgenden Überlegungen entgegengetreten:

Die erste negative Leistungsfeststellung sei im Beschwerdefall zwar nach der Altrechtslage für das Kalenderjahr 1994, aber erst mit Bescheid der belangten Behörde vom 21. April 1995 getroffen worden. Die Auswirkungen dieser Feststellung seien ebenfalls erst ab Rechtskraft dieser Feststellung (Verweis auf § 10 Abs. 1 Z. 1 des Gehaltsgesetzes 1956 - Hemmung der Vorrückung) eingetreten. Da aber zu diesem Zeitpunkt die durch das Besoldungsreform-Gesetz 1994 geschaffene neue Rechtslage bereits in Kraft gewesen sei, müsse davon ausgegangen werden, daß die neue Rechtslage für die zweite negative Leistungsfeststellung (Gegenstand des angefochtenen Bescheides) anzuwenden sei. Der Beschwerdeführer habe bereits zum Zeitpunkt der ersten negativen Leistungsfeststellung die neue Gesetzeslage kennen müssen und habe daher zum damaligen Zeitpunkt auch die Folgen einer zweiten negativen Leistungsfeststellung erkennen können. Da somit sämtliche den Beschwerdeführer betreffenden Akte der Behörde erst nach Inkrafttreten des Besoldungsreform-Gesetzes 1994 getroffen worden seien, sei ein Anwendungsfall des § 242 Abs. 2 BDG 1979 nicht gegeben.

Der Beschwerdeführer ist in seiner Stellungnahme vom 25. September 1997 im wesentlichen der vorläufigen Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes beigetreten.

Die Beschwerde ist berechtigt.

Der belangten Behörde ist zwar beizupflichten, daß nach § 10 Abs. 1 Z. 1 erster Halbsatz GG 1956 (in der Fassung des Art. II Z. 4 des Besoldungsreform-Gesetzes 1994, BGBl. Nr. 550) - wie nach der früheren Rechtslage (die Änderung durch das Besoldungsreform-Gesetz 1994 betrifft ihrem Inhalt nach die Dauer der Hemmung) - die Hemmung der

Vorrückung ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des negativen Leistungsfeststellungsbescheides (der Endgültigkeit des Beurteilungsergebnisses im Sinne des § 87 Abs. 2 BDG 1979) eintritt. Sie verkennt aber, daß dies nicht die einzige Wirkung einer negativen Leistungsfeststellung ist. Wie oben unter Punkt 4.2. der Anfrage nach § 41 Abs. 1 VwGG näher ausgeführt wurde, hat eine negative Leistungsfeststellung nach § 82 Abs. 2 BDG 1979 auch eine Folgewirkung bezüglich des nächstfolgenden Beurteilungszeitraumes einer - grundsätzlich - durchzuführenden weiteren Leistungsfeststellung. Diese Folgewirkung setzt zwar eine rechtswirksame Leistungsfeststellung voraus (Bescheid der Leistungsfeststellungskommission oder endgültige Beurteilung durch die Dienstbehörde im Sinne des § 87 Abs. 2 BDG 1979). Da aber dieser Rechtsakt in der Regel erst nach Ablauf des Beurteilungszeitraumes, auf den er sich bezieht, gesetzt wird, die Folgewirkung nach § 82 Abs. 2 BDG 1979 aber unmittelbar an diesen Beurteilungszeitraum der vorangegangenen Leistungsfeststellung anknüpft, tritt diese Folge "rückwirkend" in Kraft. Deshalb entfaltet auch die negative Leistungsfeststellung eine zukunftsgerichtete Wirkung, die mit einem vor ihrer rechtsverbindlichen Erlassung liegenden Zeitpunkt beginnt und ist insofern ab diesem Zeitpunkt bis zur Erlassung der neuerlichen Leistungsfeststellung "gültig". § 242 Abs. 2 BDG 1979 läßt sich nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber mit der "Gültigkeit" einer negativen Leistungsfeststellung zum 1. Jänner 1995 lediglich auf deren Hemmungswirkung nach § 10 Abs. 1 Z. 1 GG 1956 abstehen wollte. Mangels einer entsprechenden Unterscheidung ist die Gültigkeit einer negativen Leistungsfeststellung ab 1. Jänner 1995 schon dann gegeben, wenn sie zu diesem Zeitpunkt nur irgendeine Wirkung entfaltet. Dies trifft - wie oben näher dargelegt - im Beschwerdefall jedenfalls zu.

Auf die mögliche Kenntnis des Beschwerdeführers von der neuen Rechtslage ab dem Zeitpunkt der Erlassung der ersten negativen Leistungsfeststellung (Bescheid der belangten Behörde vom 21. April 1995) für das Kalenderjahr 1994 kommt es für die Lösung der strittigen Frage, welche Rechtslage im Beschwerdefall anzuwenden ist, nicht an.

Soweit die belangte Behörde darauf abstellt, daß alle den Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den negativen Leistungsfeststellungen betreffenden Akte (insbesondere die Erlassung des Bescheides vom 21. April 1995, mit dem die erste negative Leistungsfeststellung für das Kalenderjahr 1994 ausgesprochen wurde) erst nach dem Inkrafttreten des Besoldungsreform-Gesetzes 1994 (1. Jänner 1995) gesetzt worden seien, ist auf die oben unter 4.1. angestellten Überlegungen der Anfrage nach § 41 Abs. 1 VwGG zu verweisen, an denen der Verwaltungsgerichtshof festhält.

Aus diesen Gründen ist der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes nach § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben, weil die zweite negative Leistungsfeststellung, die im angefochtenen Bescheid ausgesprochen wurde, über den Beschwerdeführer nach der neuen Rechtslage durchgeführt wurde, obwohl die Anwendung der Altrechtslage geboten war.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47, 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 und 49 VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 416/1994.

## **Schlagworte**

Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2

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

ECLI:AT:VWGH:1997:1996120194.X00

## **Im RIS seit**

11.07.2001

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