

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/11/8 95/12/0175

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.11.1995

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

## Norm

AVG §10 Abs1;  
AVG §10 Abs2;  
AVG §45 Abs3;  
BDG 1979 §81;  
BDG 1979 §87;  
VwGG §26 Abs2;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;  
ZustG §9 Abs1;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):95/12/0192

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß, Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Leitner, über die Beschwerde der C in W, vertreten durch Dr. R, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid der Leistungsfeststellungskommission bei der Post- und Telegraphendirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 22. Mai 1995, Zl. 321 606-01/95, betreffend die dritte negative Leistungsfeststellung,

## Spruch

1. zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird aufgrund der unter

Zl. 95/12/0192 protokollierten Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

2. den Beschluß gefaßt:

Die unter Zl.95/12/0175 protokollierte Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 12.860,--, die Beschwerdeführerin dem Bund S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Die 1952 geborene Beschwerdeführerin stand bis zur Zustellung des angefochtenen Bescheides seit 1969 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund; sie war als Oberkontrollorin im Bereich der Post- und Telegraphendirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland beim Fernmeldebauamt 5 tätig. Ihre Leistungsfeststellung lautete von 1975 bis 1991 auf Normalleistung; 1992 und 1993 wurde die Leistung der Beschwerdeführerin negativ beurteilt.

Die negative Leistungsfeststellung der Beschwerdeführerin für 1993 wurde von ihr beim Verwaltungsgerichtshof erfolglos bekämpft; zur Vermeidung von entbehrlichen Wiederholungen wird auf das Erkenntnis vom 19. April 1995, Zl. 94/12/0181, verwiesen.

Für 1994 erstellte der Vorgesetzte der Beschwerdeführerin mit 13. Jänner 1995 einen formularmäßigen Bericht über die dienstlichen Leistungen der Beschwerdeführerin, zu dem diese mit 26. Jänner 1995 eine Stellungnahme abgab, in der sie auf ihren schlechten Gesundheitszustand und auf ihr besonderes Bemühen (- sie habe im Krankheitsfall regelmäßig Erholungsurlaub genommen -) hinwies.

Die Dienstbehörde teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 20. Februar 1995 mit, gemäß 87 Abs. 1 BDG 1979 werde festgestellt, daß sie im Kalenderjahr 1994 den von ihr zu erwartenden Arbeitserfolg trotz nachweislicher Ermahnung nicht aufgewiesen habe.

Aufgrund der Anrufung der belangten Behörde unterzog sich die Beschwerdeführerin über Auftrag der belangten Behörde ärztlichen Untersuchungen durch einen Facharzt für interne Medizin und einen Facharzt für Orthopädie.

Mit Schreiben vom 10. April 1995 teilten die nunmehrigen Beschwerdevertreter der belangten Behörde mit, daß die Beschwerdeführerin sie im Verwaltungsverfahren mit ihrer Vertretung betraut habe. Gleichzeitig legten sie verschiedene Befunde und Belege über Therapien vor, beantragten die zeugenschaftliche Vernehmung der die Beschwerdeführerin behandelnden Ärzte und die Einholung weiterer ärztlicher Gutachten insbesondere aus dem Fachbereich der Gynäkologie; weiters begehrtten sie ausdrücklich Parteiengehör hinsichtlich der von der belangten Behörde eingeholten ärztlichen Gutachten.

Trotzdem wurden die von der belangten Behörde eingeholten fachärztlichen Gutachten nur der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht. Nach Angabe der belangten Behörde in der Gegenschrift handelte es sich dabei um ein kanzleitechnisches Versehen.

Mit Bescheid vom 22. Mai 1995 entschied die belangte Behörde gemäß 87 Abs. 5 BDG 1979, die Beschwerdeführerin habe im Kalenderjahr 1994 den von ihr zu erwartenden Arbeitserfolg trotz nachweislicher Ermahnung nicht aufgewiesen.

Zur Begründung führt die belangte Behörde aus, nach der Mitteilung der Dienstbehörde vom 20. Februar 1995 hätten sich die Leistungen der Beschwerdeführerin gegenüber dem Beurteilungszeitraum 1993 nicht verbessert. Neben gravierenden Arbeitsmängeln sei die Beschwerdeführerin fast nie rechtzeitig zum Dienst erschienen. Ihre Arbeitsleistung sei "bei den überprüften Projekten im Schnitt bei 25 % unter dem Durchschnitt" gelegen gewesen. Es liege ferner eine schriftliche Ermahnung vor, deren Inhalt eklatante Zeitüberschreitungen bei sieben der von der Beschwerdeführerin erstellten Pläne aufzeige. Die geforderte Sollzeit sei dem von der Beschwerdeführerin benötigten Zeitaufwand gegenüber gestellt und es seien dabei wesentliche Zeitüberschreitungen (wird näher ausgeführt) festgestellt worden. Einige Zeichnungen hätten sogar anderen Zeichnern zur Ausarbeitung übergeben werden müssen. Diese hätten die erforderliche Sollzeit in jedem Fall leicht erreichen können.

Zur diesen Vorwürfen habe die Beschwerdeführerin am 1. September 1994 eine Gegendarstellung abgegeben und dies damit begründet, einige Projekte nicht nur "matriziert", sondern auch anders gezeichnet zu haben. Ferner habe die Beschwerdeführerin angegeben, daß die Überschreitung der Sollzeit auf die schlechten raumklimatischen Bedingungen in ihrem Arbeitszimmer zurückzuführen sei. Zu dem Einwand des "Matrizierens" habe der Dienststellenleiter der Beschwerdeführerin die Richtigkeit dieser Behauptung zugestanden, aber erklärt, daß "Matrizieren" nur bedeute, von einem handgezeichnetem Entwurf eine Matrize anzufertigen, nicht aber eine Änderung in projektmäßiger Hinsicht. Bezüglich des Einwandes der Beschwerdeführerin hinsichtlich der raumklimatischen

Bedingungen sei ein Protokoll aus dem Jahre 1992 dem Bericht beigelegt, aus dem hervorgehe, daß auf dem Arbeitstisch der Beschwerdeführerin eine Raumtemperatur von 25o gemessen worden sei und sie diese Messung als für sie nicht relevant bezeichnet habe, weil sie trotzdem frieren würde. Bereits anläßlich dieses Vorfalles im Jahr 1992 sei der Beschwerdeführerin empfohlen worden, sich ehestens einer gründlichen ärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

Des weiteren werde in der Mitteilung der Dienstbehörde die Gegendarstellung der Beschwerdeführerin vom 26. Jänner herangezogen. Bezüglich des Vorwurfes, täglich zu spät zum Dienst erschienen zu sein, habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, die am Morgen versäumten Arbeitszeiten stets am Nachmittag einzubringen. Die Beschwerdeführerin sei seit 1979 mit der Erstellung von Plänen betraut; bis 1991 seien ihr von ihren Vorgesetzten keine mangelnden Kenntnisse vorgeworfen worden. Es habe keine einzige Rückfrage oder Mängelrügen bezüglich der von ihr gelieferten Arbeiten gegeben. Die Beschwerdeführerin würde die Messung ihrer Arbeitsleistung nach der Anzahl der abgelieferten Blätter als problematisch empfinden, weil dieses Kriterium keine Aussage über den Umfang der Blätter enthalte. Ferner habe die Beschwerdeführerin angegeben, daß ihr Arbeitsplatz deshalb chaotisch wäre, weil die Raumtemperatur in ihrem Zimmer unerträglich wäre. Ihre gesundheitliche Verfassung sei seit vielen Jahren sehr ungünstig. Seit vier Jahren sei sie aber nicht mehr im "Krankenstand" gewesen, sondern hätte im Krankheitsfalle Erholungsurlaub in Anspruch genommen. Außerdem habe die Beschwerdeführerin bemängelt, daß das Mitarbeitergespräch mit ihr abrupt beendet worden sei, ohne daß sie ihre Argumente überhaupt hätte vorbringen können.

Die Dienstbehörde habe dazu festgestellt, daß die zahllosen verspäteten Dienstantritte der Beschwerdeführerin Tatsache seien. Erwiesenermaßen habe die Beschwerdeführerin im Kalenderjahr 1994 an fast keinem Tag den Dienst pünktlich angetreten. Ferner sei das gegen die Beschwerdeführerin laufende Disziplinarverfahren erwähnt worden, das mit einer Geldbuße von S 1.000,- mit Ablauf des 5. Mai 1994 in Rechtskraft erwachsen sei. Sodann sei in der Mitteilung der Dienstbehörde ausführlich erklärt worden, daß die von der Beschwerdeführerin am Morgen versäumten Stunden in ihrer Dienststelle am Nachmittag nicht einzubringen wären, weil Gleitzeit nicht vorgesehen sei. Wie bereits im Beurteilungszeitraum 1993 habe die Dienstbehörde der Beschwerdeführerin auch für 1994 vorgeworfen, daß sie ihre Arbeitszeit auch in diesem Kalenderjahr nicht eingehalten habe. Die von der Beschwerdeführerin unvollständig gelieferten Arbeiten hätten zum Teil neu vergeben werden müssen, um rechtzeitig fertig zu werden. Bei den in der nachweislichen Ermahnung aufgeführten Zeichnungen hätte die Beschwerdeführerin bis zur "zwanzigfachen Zeit" gegenüber einem anderen Zeichner gebraucht. Wenn die Dienststelle der Beschwerdeführerin auch eine gewisse Zeitüberschreitung durch das "anders Zeichnen" zubillige, könne diese Zeitüberschreitung doch nicht derartig eklatant sein. Bezüglich des Raumklimas und der Raumtemperatur im Zimmer der Beschwerdeführerin sei diese auf eine Postvollzugsordnung V hinzuweisen, nach der bei sitzender Tätigkeit bloß eine Raumtemperatur von 18 bis 20o vorgesehen sei. Da im Zimmer der Beschwerdeführerin offenbar eine Temperatur zwischen 20 und 25o herrsche, sei dies wohl mehr als ausreichend. Ferner hätte die Beschwerdeführerin einen Elektrostrahler in ihrem Zimmer eingeschaltet; dies müßte wohl für ein erträgliches Raumklima reichen. Die Dienstbehörde habe sich weiters auf die Tatsache bezogen, daß bei Projektplänen zwar eine prinzipielle Prüfung vorgesehen sei, die Beschwerdeführerin allerdings im Beurteilungszeitraum nur mit solchen Arbeiten betraut worden sei, für die eine nachträgliche Prüfung vorgesehen sei, weil ihre Unzuverlässigkeit bereits bekannt gewesen sei. Sie habe angeführt, daß auch der Zeitaufwand der Prüfung eines von vornherein bekanntermaßen unvollständigen, unfertigen Planes wesentlich größer sei als der, von dem man Vollständigkeit erwarten könne. Die Dienstbehörde habe weiters eine gewisse Uneinsichtigkeit der Beschwerdeführerin erkannt, weil sie auch im Kalenderjahr 1994 ihre Arbeitszeit nicht eingehalten habe. Daß das Einarbeiten am Nachmittag von am Morgen versäumter Arbeitszeit an ihrer Dienststelle nicht möglich sei, sei ihr mehrmals, insbesondere mittels des Disziplinarerkenntnisses, zur Kenntnis gebracht worden. Weiters sei auf die Anzahl der gelieferten Blätter eingegangen worden, die mit gleichwertigen Arbeiten anderer Zeichner verglichen worden seien; eben aufgrund dieses Vergleiches sei bei der Beschwerdeführerin eine Arbeitsleistung bis zu 25 % unter dem Durchschnitt festgestellt worden. Auch auf die von der Beschwerdeführerin angegebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die sie bereits als Entschuldigung für ihre schlechten Leistungen in den Jahren 1992 und 1993 angeführt habe, sei eingegangen worden. In sämtlichen drei Beurteilungszeiträumen sei der Beschwerdeführerin angeraten worden, sich in ärztliche Behandlung zu begeben und auch die Ratschläge der Ärzte zu befolgen. Schon in seinerzeitigen ärztlichen Fachgutachten sei der Beschwerdeführerin bestätigt worden, daß medikamentös und durch Allgemeinmaßnahmen ihr Zustand zu verbessern wäre. Der Gutachter sei der Meinung

gewesen, daß sie aus interner Sicht nicht schwer krank sei. Die Dienstbehörde sei daher zu der Ansicht gelangt, daß die der Beschwerdeführerin bereits jahrelang bekannten Beschwerden somit nicht als Entschuldigung für Fehlleistungen gelten könnten. Daß die Beschwerdeführerin in den letzten vier Jahren nicht im Krankenstand gewesen sei, sondern sich im Krankheitsfall Urlaub genommen hätte, habe die Dienstbehörde nicht als besonderes Verdienst angesehen. Wenn ein Bediensteter krank sei, habe er das Recht, in den "Krankenstand" zu gehen, einen Arzt zu konsultieren und dessen Ratschläge auch zu befolgen. Erholungsurlaub diene zur Erholung und nicht für den Krankheitsfall.

Bezüglich des Mitarbeitergesprächs sei der Beschwerdeführerin erklärt worden, daß für dessen Ablauf und Dauer gemäß § 85 BDG 1979 keine Vorschriften existierten. Dauer und Art des Mitarbeitergesprächs seien vom Vorgesetzten festzulegen, wobei dieses auf die Argumente des zu Beurteilenden einzugehen habe. Wenn nach Meinung der Beschwerdeführerin dieses Mitarbeitergespräch für sie nicht ausführlich genug gewesen sei, hätte sie ihre Argumente in der schriftlichen Stellungnahme ausführlich darlegen können. Zusammenfassend habe die Dienstbehörde also festgestellt, daß sich die Leistungen der Beschwerdeführerin gegenüber dem Jahr 1992 und 1993 im Jahr 1994 in keiner Weise gebessert habe. Die von der Beschwerdeführerin angeführten gesundheitlichen Beeinträchtigungen seien von den Ärzten als leicht und durchaus behebbar erklärt worden und hätten daher nicht als Entschuldigung für schlechte Leistungen herangezogen werden können.

Gegen diese Mitteilung ihrer Dienstbehörde habe sich die Beschwerdeführerin - so die belangte Behörde weiter in der Begründung des angefochtenen Bescheides - mit Schreiben vom 10. März 1995 an die belangte Behörde gewendet. Diese Anrufung habe sie wie folgt begründet:

"1. Es wären in der Leistungsfeststellungsangelegenheit Themen Ihres Disziplinarverfahrens mit eingeflossen, was nach Auffassung der Leistungsfeststellungskommission nicht vorgesehen sei.

2. Sie hätte in Ihrer Gegendarstellung vom 26. Jänner 1995 nicht angegeben, daß Ihr Arbeitsplatz deshalb chaotisch wäre, weil die Raumtemperatur in Ihrem Zimmer unerträglich wäre, sondern daß die Verwendung von Kälteisolation die Beurteilung, Ihr Arbeitsplatz wäre chaotisch gestaltet, ebensowenig zuließe, wie das Ihnen vorgelegte Polaroidfoto.

3. Sie leide seit Jahren an niedrigem Blutdruck, was zu starker Müdigkeit führe. Dagegen seien Ihnen Medikamente verordnet worden, deren Wirkung jeweils nur auf einen Tag ziele. Sie könnten Blutdruckmeßwerte beibringen, die letzten vom 27. Jänner 1995.

4. Ihre überdurchschnittlich starken und langandauernden Regelblutungen würden naturgemäß auch Ihre dienstliche Leistungsfähigkeit mindern, auch hier sei eine erfolgte Behandlung mit Hormonpräparaten wirkungslos gewesen.

5. Sie litten an Abnützung der Hüftgelenke, einer seitlichen Verkrümmung der Wirbelsäule, einer Verkürzung des linken Beines, an rheumatischen Beschwerden (dagegen nähmen Sie auch Tabletten) an Verspannungen im Rücken (dagegen hätten Sie in den letzten Wochen Massagen, Monaripackungen und Heilgymnastik unternommen). Ihre Arbeitshaltung am Zeichentisch würde diesbezügliche Beschwerden erhöhen.

6. Infolge dieser in den Punkten 2 - 5 dargestellten Krankheitsbilder seien Sie gesundheitlich nicht in der Lage, eine andere als die von Ihnen erbrachte Leistung zu erbringen. Abschließend führen Sie noch zeitweise sehr starke Erkältungskrankheiten an."

Aufgrund dieser Angaben der Beschwerdeführerin sei sie von der belangten Behörde an zwei Fachärzte überwiesen worden, die ihre gesundheitliche Beeinträchtigung "relativieren sollten". Zunächst sei die Beschwerdeführerin am 4. April 1995 bei einem Facharzt für Innere Medizin gewesen, dessen Gutachten in der Begründung des angefochtenen Bescheides wiedergegeben wird. Dieser habe zusammengefaßt ausgeführt, daß "die vorliegenden Untersuchungen keinen Hinweis auf schwere körperliche Erkrankungen ergeben. Ich empfehle die Einholung eines gynäkologischen und eines psychiatrischen Gutachtens zum jetzigen Zeitpunkt. Internerseits ist die mangelnde Arbeitsleistung nicht erklärbar oder infolge der bestehenden Leiden zu entschuldigen".

Am 5. April 1995 sei die Beschwerdeführerin von einem Facharzt für Orthopädie untersucht worden. In der Begründung des angefochtenen Bescheides wird dieses Gutachten und die zusammenfassende Wertung wiedergegeben, nach der die Beschwerden keinesfalls so gravierend seien, daß die jetzige Tätigkeit im Zeichendienst

nicht voll geleistet werden könne. Die sitzende, leichte Tätigkeit der Beschwerdeführerin könne über die notwendige volle Arbeitszeit und auch unter Zeitdruck ausgeübt werden. Eine medizinische Ursache für ein immer wieder verspätetes Erscheinen zur Arbeit bestehe nicht.

Zur einwandfreien Beurteilung der Sachlage habe die belangte Behörde am 13. März 1995 über die Dienststelle bei der Beschwerdeführerin Erkundigung einholen lassen, was sie im Jahr 1994 bzw. in den Jahren davor gegen die von ihr behaupteten Beschwerden unternommen habe (wird näher ausgeführt).

Es sei darauf bei der belangten Behörde das von den Beschwerdevertretern am 10. April 1995 verfaßte Schreiben eingelangt (wird näher ausgeführt). Aufgrund dessen seien der Beschwerdeführerin am 11. April 1995 die beiden Fachgutachten in Kopie zur Kenntnis gebracht und sie aufgefordert worden, binnen zwei Wochen ihre Gegendarstellung vorzulegen. Die Dienstbehörde habe sodann mitgeteilt, daß sie der Beschwerdeführerin diese Kopien ordnungsgemäß ausgefolgt habe und von der Beschwerdeführerin als einzige Reaktion eine fotokopierte Krankmeldung erhalten habe.

In ihrer rechtlichen Wertung führt die belangte Behörde dann aus, daß die Leistungsfeststellung - wie der Name sage - die dienstlichen Leistungen über einen gewissen Zeitraum zu beurteilen habe. Im Disziplinarverfahren würden hingegen einzelne dienstrechtliche Verfehlungen geahndet. Eine Disziplinarstrafe könne unter Umständen Auswirkungen auf die Leistungsfeststellung haben, wenn durch die geahndete Dienstpflichtverletzung der Umfang und die Wertigkeit der Leistungen des Beamten beeinträchtigt würden. Die belangte Behörde wiederhole daher ihren Standpunkt, den sie der Beschwerdeführerin bereits mit Bescheid vom 18. Mai 1994 betreffend die Leistungsfeststellung für das Jahr 1993 mitgeteilt habe:

"Die Tatsache, daß in gleicher Angelegenheit ein Disziplinarverfahren gegen Sie anhängig ist, hat in keiner Weise Einfluß auf das gegenständliche Verfahren. Es widerspricht in keiner Weise den Intentionen des Gesetzgebers, da in einem Fall Ihre Leistung und im anderen Fall Ihre Verfehlungen beurteilt werden. Beide Kommissionen agieren völlig weisungsfrei - dies überdies nach bestem Wissen und Gewissen - und so ist eine möglichst objektive Abhandlung der beiden Verfahren gewährleistet."

Bezüglich des Punktes 2 der Anrufung der Beschwerdeführerin habe die belangte Behörde nicht nachvollziehen können, wieso die Verwendung von Kälteisolation Einfluß auf das von der Dienststelle der Beschwerdeführerin behauptete Chaos an ihrem Arbeitsplatz haben könne. Da aber die Gestaltung des Arbeitsplatzes für die erbrachte Arbeitsleistung nicht unbedingt relevant sei, habe die belangte Behörde diesen Punkt nicht weiter berührt.

Bezüglich der mit Punkt 3 und 5 angegebenen Beschwerden habe die belangte Behörde sodann die Sachverständigengutachten der beiden Fachärzte herangezogen. Diese seien dezidiert gefragt worden, inwieweit die von der Beschwerdeführerin angegebenen Beschwerden Einfluß auf ihre dienstlichen Leistungen bzw. auf ihr dauerndes Zuspätkommen haben könnten. Der Internist habe in seinem Arztbericht vom 4. April 1995 wörtlich angegeben:

"Die Hypotonie war bei der heutigen Messung unter der laufenden Therapie mit Amphodyn gut kompensiert. Ein dauerndes Zuspätkommen ist nicht dadurch zu entschuldigen.

...

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die vorliegende Untersuchung keinen Hinweis auf eine schwere körperliche Erkrankung gibt. Internerseits ist die mangelnde Arbeitsleistung nicht erklärbar oder infolge der bestehenden Leiden zu entschuldigen."

Das orthopädische Gutachten habe eingangs erwähnt, daß die Beschwerdeführerin zur Begutachtung um 20 Minuten zu spät gekommen sei. In der Ordination, die ein Raumklima von 23° aufweise, habe die Beschwerdeführerin angegeben, daß sie schwitze und daß in ihrer Dienststelle eine besondere Klimaanlage eingebaut sei, sodaß ihr dort immer kalt wäre. Wie bereits beschrieben, habe der Orthopäde sie genau untersucht und dann festgestellt:

"Die von der obgenannten Beamtin angegebenen Beschwerden sind nur zu einem ganz geringen Teil glaubhaft und nicht objektivierbar."

Abschließend habe der Orthopäde formuliert:

"Die Beschwerden sind keinesfalls so gravierend, daß die jetzige Tätigkeit im Zeichendienst nicht voll geleistet werden

kann. Diese sitzende, leichte Tätigkeit kann über die normale volle Arbeitszeit und auch unter jeglichen Zeitdruck ausgeübt werden und es ist auch die volle Leistungsfähigkeit gegeben. Eine medizinische Ursache für ein immer wieder verspätetes Erscheinen zur Arbeit besteht nicht."

Aufgrund dieser beiden vorgelegten Gutachten habe die belangte Behörde in weiterer Folge darauf verzichtet, die Beschwerdeführerin zu einem Facharzt für Gynäkologie zu verweisen. Auch für medizinische Laien sei klar, daß bei einer einmaligen kurzen Untersuchung durch einen solchen Facharzt die von ihr angegebenen Beschwerden in gynäkologischer Hinsicht nicht überprüft werden könnten. Um die genannten Beschwerden wirklich überprüfen zu können, wäre wohl ein länger dauernder Klinikaufenthalt erforderlich.

Die belangte Behörde sei zu der Ansicht gelangt, daß die von der Beschwerdeführerin angegebenen Beschwerden durchaus solche seien, an denen viele Bedienstete ihres Alters leiden würden. Allerdings schließe sich die belangte Behörde der Meinung der beiden Fachärzte an, daß diese gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei weitem nicht so gravierend seien, die schlechte Arbeitsleistung und das dauernde Zuspätkommen der Beschwerdeführerin zu entschuldigen. Da sich die Ärzte eindeutig der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht angeschlossen hätten, ihre Beschwerden würden sie von ihrer Arbeitsleistung abhalten, könnten die diesbezüglichen Behauptungen der Beschwerdeführerin nur als Schutzbehauptung zu werten sein. Entscheidend sei für die belangte Behörde auch gewesen, daß die Beschwerdeführerin nicht, wie sie in ihrer Anrufung der belangten Behörde für das Jahr 1993 angegeben habe, sich einer Kur unterzogen habe. Im Schreiben mit Beweisantrag der Rechtsvertreter sei angegeben, daß sich die Beschwerdeführerin seit 1989 fünfmal physikalischen Therapien unterzogen habe. Über ihre Dienststelle sei sie am 15. März 1995 aufgefordert worden, verschiedene Belege über absolvierte Heilbehandlungen vorzulegen. Sie sei dieser Aufforderung aber bis 13. April 1995 nicht nachgekommen. Das dem Schreiben der Rechtsvertreter beigelegte Konvolut sei für die belangte Behörde nicht beweiskräftig gewesen (wird näher ausgeführt).

Selbst wenn gewisse medizinische Beeinträchtigungen der Beschwerdeführerin anerkannt würden, seien auch diese zu relativieren. Wenn Regelblutungen überdurchschnittlich lange dauerten, könnten sie doch nicht drei Jahre ununterbrochen andauern und eine so schlechte Arbeitsleistung hervorrufen. Auch bezüglich der Temperatur im Arbeitsraum der Beschwerdeführerin sei zu bedenken, daß "in unseren Breiten" nur ca. ein halbes Jahr geheizt werden müsse. In weiterer Folge müßte die Beschwerdeführerin daher in den warmen Monaten eine untadelige Arbeitsleistung erbringen, was aber erwiesenermaßen nicht der Fall gewesen sei. Überdies sei es unwahr, daß an der Dienststelle der Beschwerdeführerin eine besondere Klimaanlage eingebaut wäre. Wahr sei hingegen, daß bei der Dienststelle gar keine Klimaanlage existiere. Darüberhinaus habe die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, ihren Heizlüfter zu verwenden oder auf einem Heizkissen zu sitzen, was wohl auch das Raumklima für sie erträglich gestalten müßte. Die belangte Behörde habe keinerlei "Wellenbewegungen" in der Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin erkennen können; die Beschwerdeführerin sei das ganze Jahr über gleichmäßig als schlecht beurteilt worden. Vorstellbar und entschuldbar wäre für die belangte Behörde, daß die Beschwerdeführerin einmal ein bißchen mehr leiste und auch rechtzeitig ihren Dienst antrete und dann - eventuell aus entschuldbaren Gründen - teilweise nicht ihre volle Leistung erbringen könne, vielleicht auch fallweise zu spät ihren Dienst antrete. Die "ermüdende Regelmäßigkeit", mit der die Beschwerdeführerin bereits seit Jahren schlechte Arbeitsleistungen erbringe und zu spät ihren Dienst antrete, sei in keinem Fall durch die von ihr angegebenen Beschwerden zu entschuldigen. Interessant sei der belangten Behörde die Tatsache erschienen, daß sie weder in ihrer Anrufung an die Kommission noch in den von den Rechtsanwälten verfaßten Schreiben die Tatsache ihrer schlechten Arbeitsleistung an sich in Abrede gestellt habe. Sie habe lediglich versucht, wie bereits für die Leistungsfeststellung der Jahre 1992 und 1993 auch für 1994 die von ihr erwiesenermaßen schlecht erbrachten Leistungen durch diverse äußere Umstände bzw. durch die Behauptung gesundheitlicher Beschwerden zu begründen. Dies sei aber durch die medizinischen Fachgutachten eindeutig widerlegt worden. Obwohl sie durch ihren Rechtsvertreter Parteiengehör verlangt habe, habe sie diesbezüglich keine Entgegnung abgegeben.

Nach den vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens wurde dieser Bescheid der Beschwerdeführerin am 23. oder 24. Mai 1995 (die Ziffer auf der Übernahmebestätigung ist ohne entsprechenden Korrekturvermerk umgebildet) ausgefolgt.

Die Beschwerdeführerin setzte hievon ihre Rechtsvertreter in Kenntnis, die daraufhin die mit Schriftsatz vom 5. Juli 1995 datierte und unter Zl. 95/12/0175 protokollierte Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof erhoben, in der sie neben inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Mängeln auch die Verletzung des Zustellgesetzes geltend machten.

In weiterer Folge wurde der angefochtene Bescheid vom 22. Mai 1995 dann am 17. Juli 1995 ordnungsgemäß den Beschwerdevertretern zugestellt. Dagegen richtet sich die unter Zl. 95/12/0192 protokollierte - abgesehen von der Zustellproblematik - inhaltlich gleichlautende Beschwerde.

Vorerst wurde über die letztgenannte Beschwerde und später auch über die erstgenannte Beschwerde vom Verwaltungsgerichtshof das Vorverfahren eingeleitet.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verfahrens vor, erstattete eine im wesentlichen für beide Beschwerden gleichlautende Gegenschrift und beantragte kostenpflichtige Abweisung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die wegen ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges verbundenen Beschwerden erwogen:

Gemäß § 242 BDG 1979 idF BGBl. 550/1994 sind auf den Beschwerdefall die einschlägigen Bestimmungen des BDG 1979 (§§ 22 und 81 bis 90) in der bis zum Ablauf des 31. Dezember 1994 geltenden Fassung anzuwenden.

#### I. Zur Zulässigkeit der Beschwerden:

Auf das Leistungsfeststellungsverfahren ist gemäß § 1 Abs. 1 DVG unter Berücksichtigung der Sonderregelungen der §§ 84 ff BDG 1979 (insbesondere § 87 Abs. 7, der die Anwendung des DVG voraussetzt) das AVG mit bestimmten Abweichungen anzuwenden. Nach § 5 DVG ist im Dienstrechtsverfahren das Zustellgesetz, BGBl. Nr. 200/1982, mit einer im Beschwerdefall nicht wesentlichen Maßgabe anzuwenden. § 9 Abs. 1 des Zustellgesetzes sieht vor:

"Ist eine im Inland wohnende Person gegenüber der Behörde zum Empfang von Schriftstücken bevollmächtigt, so hat die Behörde, sofern gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, diese Person als Empfänger zu bezeichnen. Geschieht dies nicht, gilt die Zustellung in dem Zeitpunkt als vollzogen, in dem das Schriftstück dem Zustellungsbevollmächtigten tatsächlich zugekommen ist."

Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren bestimmt § 26 Abs. 2 VwGG, daß Beschwerde auch erhoben werden kann, bevor der Bescheid dem Beschwerdeführer zugestellt oder verkündet worden ist. Für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof gilt in diesem Falle der Bescheid als an dem Tage zugestellt, an dem der Beschwerdeführer von seinem Inhalt Kenntnis erlangt hat.

Voraussetzung für die Erhebung einer Beschwerde nach § 26 Abs. 2 VwGG ist, daß der angefochtene Bescheid überhaupt erlassen, also einer Partei zugestellt oder verkündet worden ist (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. November 1952, Slg. Nr. 2728/A). Dies ist aber nur bei einem im Mehrparteienverfahren erlassenen Bescheid denkbar, und zwar dann, wenn einer Partei der Bescheid weder zugestellt noch verkündet worden ist, sie aber von der Erlassung desselben und von seinem wesentlichen Inhalt durch eine andere Partei Kenntnis erlangt hat (vgl. Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>3</sup>, S. 34).

Beim Leistungsfeststellungsverfahren handelt es sich ungeachtet der Regelung des § 87 BDG 1979 nicht um ein Mehrparteienverfahren, sodaß im Beschwerdefall § 26 Abs. 2 BDG 1979 nicht zur Anwendung kommen kann.

Ist eine im Inland wohnende Person gegenüber der Behörde zum Empfang von Schriftstücken bevollmächtigt, so hat die Behörde gemäß § 9 Abs. 1 des Zustellgesetzes, sofern gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, diese Person als Empfänger zu bezeichnen. Geschieht dies nicht, gilt die Zustellung in dem Zeitpunkt als vollzogen, in dem das Schriftstück dem Zustellungsbevollmächtigten tatsächlich zugekommen ist. Ab dem Vorliegen einer Zustellungsbevollmächtigung im Sinne dieser Gesetzesstelle - somit jedenfalls ab Vorliegen einer einem Rechtsanwalt erteilten Vollmacht - hat die Behörde nur mehr an den Zustellungsbevollmächtigten und nicht mehr an den Vertretenen selbst zuzustellen; wird statt dessen an den Vertretenen selbst zugestellt, dann ist diese Zustellung unwirksam (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. April 1989, Zl. 88/09/0140).

Ist eine im Inland wohnende Person gegenüber der Behörde zum Empfang von Schriftstücken bevollmächtigt, hat die Behörde, sofern gesetzlich nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, diese Person als Empfänger zu bezeichnen. Für die Heilung eines solchen Zustellmangels ist es erforderlich, daß das Schriftstück dem (richtigen) Empfänger tatsächlich zukommt; in der Übermittlung einer Fotokopie ist kein "tatsächliches Zukommen" gelegen (vgl. Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Juni 1984, Slg. Nr. 11.487/A, und vom 18. April 1989, Zl. 88/11/0272).

Im Beschwerdefall ist davon auszugehen, daß die am 23. oder 24. Mai 1995 an die Beschwerdeführerin und nicht an ihre Vertreter erfolgte Zustellung rechtsunwirksam war. Zum Zeitpunkt der Erhebung der unter Zl. 95/12/0175

protokollierten Beschwerde, mit der die Beschwerdevertreter eine Kopie des angefochtenen Bescheides vorgelegt hatten, war ihnen nach ihren Vorbringen zwar der Inhalt des angefochtenen Bescheides über die Beschwerdeführerin aber nur in Fotokopie zur Kenntnis gekommen; im Sinne der vorstehenden Judikatur ist daher der Bescheid nicht tatsächlich zugekommen. Da der unter der Zl. 95/12/0175 angefochtene Bescheid damit im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung weder im Sinne des § 26 Abs. 2 VwGG erlassen noch nach § 9 Abs. 1 ZustG tatsächlich zugekommen war, erweist sich die unter Zl. 95/12/0175 protokollierte Beschwerde als unzulässig; sie war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG mangels Berechtigung zur Beschwerdeführung zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Pauschalierungsverordnung BGBl. Nr. 416/1994.

II. In der unter Zl. 95/12/0192 protokollierten Beschwerdesache selbst:

Die Beschwerde bringt vor, daß die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin überhaupt nicht in das Verfahren einbezogen worden seien.

Insbesondere seien ihnen keinerlei Verfahrensergebnisse, auch nicht die laut Bescheidbegründung eingeholten ärztlichen Gutachten, bekanntgegeben worden. Aufgrund gleichartiger anderweitiger Erfahrungen sei behördliche Unkenntnis des § 10 Abs. 1 letzter Satz AVG zu vermuten. Tatsache sei aber jedenfalls, daß die Vertretung unbeachtet geblieben und dementsprechend auch das Parteiengehör zur Gänze unterlassen worden sei. Dieser Mangel sei wesentlich, weil die Beschwerdeführerin ansonst durch ihren Vertreter eine Gutachtensergänzung beantragt hätte, wodurch erwiesen worden wäre, daß sie tatsächlich das ihr gesundheitlich mögliche volle Leistungsausmaß erbracht habe, sodaß allfällige Leistungsmängel ausschließlich auf ihren Gesundheitszustand zurückzuführen seien. Wenn diesbezüglich in der Begründung des angefochtenen Bescheides ausgeführt worden sei, die beiden im vorangehenden Teil der Bescheidbegründung dargestellten medizinischen Gutachten seien der Beschwerdeführerin am 11. April 1995 in Kopie zur Kenntnis gebracht worden, so sei das im Zusammenhang mit den nachfolgenden Ausführungen zu sehen. Daraus gehe hervor, daß offensichtlich lediglich jenes Schreiben der belangten Behörde, welches das Datum 11. April 1995 trage, mit dem diese die Gutachten an die Dienstbehörde zum Zweck der Ausfolgung an die Beschwerdeführerin weitergeleitet habe. Damit stehe aber auch fest, daß es sich um Vorgänge nach der Bevollmächtigungsanzeige des Rechtsvertreters gehandelt habe, die zufolge deren Übertretung nicht wirksam gewesen seien. Den Vertretern der Beschwerdeführerin seien die Gutachten nach wie vor nicht zur Kenntnis gelangt.

Dieses Vorbringen ist berechtigt.

Die Beteiligten und ihre gesetzlichen Vertreter können sich gemäß § 10 Abs. 1 des nach § 1 Abs. 1 DVG anwendbaren AVG, sofern nicht ihr persönliches Erscheinen ausdrücklich gefordert wird, durch eigenberechtigte Personen vertreten lassen, die sich durch eine schriftliche Vollmacht auszuweisen haben. Vor der Behörde kann eine Vollmacht auch mündlich erteilt werden; zu ihrer Beurkundung genügt ein Aktenvermerk. Schreitet ein Rechtsanwalt oder ein Notar ein, so ersetzt die Berufung auf die ihm erteilte Vollmacht deren urkundlichen Nachweis.

Die Bestellung eines Rechtsbeistandes zum Vertreter entspringt einem Rechtsschutzbedürfnis der Partei. Dieser Vertreter trägt gegenüber der Partei die Verantwortung für die Wahrung ihrer Interessen. Wird er beim Parteiengehör übergangen, dann ist dies ein Verfahrensmangel. Stünde es der Behörde ohne weiteres frei, sich nach ihrer Wahl jeweils an die Partei oder den namhaft gemachten Vertreter zu wenden, wäre § 10 Abs. 1 AVG entbehrlich (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Juni 1973, Zl. 339/73). Das Parteiengehör ist daher nicht ordnungsgemäß gewährt, wenn ein namhaft gemachter Parteienvertreter von der Behörde übergangen wird (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 7. Februar 1958, Slg. Nr. 4557/A).

Diese Voraussetzungen liegen im Beschwerdefall vor.

Weiters hätte die belangte Behörde im Sinne des § 8 Abs. 1 DVG in Verbindung mit der Verpflichtung zur Ermittlung der materiellen Wahrheit aufgrund der vorliegenden Gutachten des Facharztes für Innere Medizin, der die Einholung eines gynäkologischen und psychiatrischen Gutachten empfohlen hatte, diesbezüglich wohl weitere Erhebungen anstellen müssen. Dem seierzeit eingeholten psychiatrischen Gutachten kann keine aktuelle Bedeutung mehr beigemessen werden. Es ist nicht auszuschließen, daß die unbestrittenen Minderleistungen der Beschwerdeführerin auf ihre im Verfahren geltend gemachten bzw. auf die erkennbaren physischen und psychischen Probleme zurückzuführen sind. Nach § 84 Abs. 2 BDG 1979 ist ein Leistungsbericht nicht zu erstatten, wenn der Beamte ohne sein Verschulden eine vorübergehende Leistungsminderung aufweist. Diese Bestimmung ist zwar bei einer negativen Leistungsfeststellung nicht anzuwenden, zeigt aber trotzdem, vom Sinngehalt, daß Behinderungen des Beamten sogar schon vor Einleitung



eines Leistungsfeststellungsverfahrens zu berücksichtigen sind. Davon ausgehend vertritt der Verwaltungsgerichtshof bei der gegebenen Sachlage die Auffassung, auch die Dienstbehörde bzw. die belangte Behörde hätten keine Leistungsfeststellung vornehmen dürfen, ohne vorher die Frage der Dienstfähigkeit, allenfalls als Vorfrage nach § 38 AVG, abgeklärt zu haben.

Wie ausgeführt erweist sich der angefochtene Bescheid mit Verfahrensmängeln behaftet, bei deren Vermeidung ein anderes Ergebnis nicht auszuschließen ist. Der angefochtene Bescheid mußte daher gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben werden.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung BGBl. Nr. 416/1994.

#### **Schlagworte**

Vertretungsbefugnis Inhalt Umfang Parteiengehör Stellung des Vertretungsbefugten

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

ECLI:AT:VWGH:1995:1995120175.X00

#### **Im RIS seit**

03.04.2001

#### **Zuletzt aktualisiert am**

04.05.2012

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

© 2024 JUSLINE

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

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