

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/2/22 95/12/0031

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.02.1995

## Index

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

## Norm

AVG §38;  
AVG §45 Abs2;  
AVG §56;  
AVG §66 Abs4;  
AVG §73 Abs2;  
BDG 1979 §10 Abs1;  
BDG 1979 §10 Abs2;  
BDG 1979 §10 Abs4 Z2;  
BDG 1979 §10 Abs4 Z3;  
BDG 1979 §10;  
BDG 1979 §11 Abs1 Z2;  
BDG 1979 §11 Abs1;  
BDG 1979 §11;  
BDG 1979 §4 Abs1 Z3;  
BDG 1979 §83 Abs3;  
BDG 1979 §90;  
VwGG §27;  
VwGG §41 Abs1;

## 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 des G, vertreten durch Dr. J, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Bundesministers für Finanzen vom 16. Dezember 1994, Zl. 14 3100/6-III/8/94, betreffend Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

## Begründung

Auf Grund der Beschwerde und des vorgelegten angefochtenen Bescheides geht der Verwaltungsgerichtshof von folgendem Sachverhalt aus:

Der Beschwerdeführer stand als Zollwachebeamter seit 30. Juni 1990 in einem provisorischen Dienstverhältnis zum Bund. Er war zuletzt bei der Zollwachabteilung H. (im folgenden ZWA H.) tätig.

Mit Bescheid vom 20. Oktober 1994 kündigte die Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland (im folgenden kurz: FLD) gemäß § 10 Abs. 2 und Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 das provisorische Dienstverhältnis des Beschwerdeführers mit Ablauf des Monats Jänner 1995.

Die dagegen erhobene Berufung wies die belangte Behörde mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 16. Dezember 1994 (dem Beschwerdeführer zu Händen des Beschwerdevertreters am 20. Dezember 1994 zugestellt) gemäß § 66 Abs. 4 AVG ab und bestätigte den Bescheid der FLD. Begründend führte sie (soweit dies aus der Sicht des Beschwerdefalles von Bedeutung ist) aus, der Beschwerdeführer habe die Grundausbildung für Wachebeamte am 26. Juni 1992 mit Auszeichnung aus einem Prüfungsgegenstand erfolgreich abgeschlossen. Seine Dienststelle sei seit 1. Oktober 1993 die ZWA H. gewesen. Vorher sei er der Zollwachabteilung N. (im folgenden ZWA N.) zur Dienstleistung zugewiesen gewesen, wobei er vom 18. Juni bis 30. September 1993 der ZWA H. dienstzugeeteilt gewesen sei.

Den Antrag des Beschwerdeführers vom 23. Februar 1993 zur Einrechnung von Zeiten, die für die Festsetzung seines Vorrückungstichtages berücksichtigt worden seien, nach § 11 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 BDG 1979 habe die FLD mit Bescheid vom 4. Mai 1993 abgewiesen. Sie habe dies damit begründet, der Beschwerdeführer habe auf Grund der aufgezeigten Unzulänglichkeiten bis zum Zeitpunkt des Einrechnungsantrages die Eignung als Wachebeamter nicht aufgewiesen. In diesem Bescheid sei ihm sogar, sofern keine Besserung seiner negativen Leistungsbilanz und seines gesundheitlichen Zustandes eintrete, die Kündigung des Dienstverhältnisses in Aussicht gestellt worden.

Mit Antrag vom 26. April 1994 habe der Beschwerdeführer bei der FLD den Antrag gestellt, sein provisorisches Dienstverhältnis gemäß § 11 Abs. 1 BDG 1979 mit Wirksamkeit vom 1. Juli 1994 definitiv zu stellen. Über diesen Antrag habe die FLD nicht mit gesondertem Bescheid, sondern mit ihrem Kündigungsbescheid vom 20. Oktober 1994 in negativer Weise abgesprochen.

Folgender Sachverhalt habe zum negativen Abspruch über die obgenannten Anträge des Beschwerdeführers vom 23. Februar 1993 und vom 26. April 1994 durch die FLD und somit auch zum erstinstanzlichen Kündigungsbescheid geführt:

In seinem am 30. Juni 1990 begonnenen provisorischen Dienstverhältnis sei der Beschwerdeführer bis zum voraussichtlichen Ende seiner provisorischen Dienstzeit (30. Juni 1994) laut den Abwesenheitsblättern der ZWA N. und H. in 55 Anlaßfällen wegen Krankheit an der Ausübung seines Dienstes verhindert gewesen. Die Summe der sich daraus ergebenden Abwesenheiten vom Dienst betrage im Kalenderjahr 1990 96 Arbeitsstunden, im Kalenderjahr 1991 247,5 Arbeitsstunden, im Kalenderjahr 1992 315,5 Arbeitsstunden, im Kalenderjahr 1993 353 Arbeitsstunden und im Kalenderjahr 1994 (bis einschließlich Juni) 184 Arbeitsstunden. Die Gesamtsumme dieser jährlich tendenziell steigenden krankheitsbedingten Abwesenheiten vom Dienst betrage somit 1196 Arbeitsstunden, umgerechnet 149,5 Arbeitstage. Am 5. August 1992 sei der Beschwerdeführer wegen der Häufigkeit seiner krankheitsbedingten Abwesenheiten vom Dienst während eines Krankenstandes von einem Organwalter der Zollwache an seinem Wohnsitz aufgesucht worden, um die Ordnungsmäßigkeit seiner Dienstverhinderung zu überprüfen. Der Beschwerdeführer sei jedoch nicht angetroffen worden. Am 11. August 1992 habe er dann angegeben, er sei an jenem Tag um ca. 11.00 Uhr zu seinem Hausarzt gefahren, habe anschließend seine Tochter vom Kindergarten abgeholt und sei mit ihr in den Gasthof seiner Freundin essen gegangen. Um ca. 13.30 Uhr sei er wieder zu Hause gewesen.

In ihrem Vorhalt vom 8. Oktober 1992 habe die FLD den Beschwerdeführer unter anderem aufmerksam gemacht, er erwecke den Anschein, die persönliche Eignung für die Verwendung als Wachebeamter nicht aufzuweisen.

Am 16. Februar 1993 sei der Beschwerdeführer vom Leiter der ZWA N. gemäß § 109 Abs. 2 BDG 1979 schriftlich ermahnt worden. Diese dienstrechtliche Maßnahme sei laut Aussage des Vorgesetzten deshalb erfolgt, weil der Beschwerdeführer am 6. Februar 1993 am Dienort Alkohol zu sich genommen habe.

Am 18. Februar 1993 sei dem Beschwerdeführer vom Vorstand des Zollamtes N. zur Kenntnis gebracht worden, er habe bei der Abfertigung des grenzüberschreitenden Personen- und Warenverkehrs die Zollkontrolle nicht im möglichen und notwendigen Umfang durchgeführt. Diese Mitteilung habe auch disziplinarische Folgen für den Fall der

Nichtbesserung der Dienstleistungen angedroht.

Am 23. Februar 1993 habe der Leiter der ZWA N. über den Beschwerdeführer gemäß § 90 BDG 1979 berichtet. Laut Bericht habe der Beschwerdeführer im Beurteilungszeitraum den Arbeitserfolg, der im Hinblick auf seine dienstliche Stellung erwartet worden sei, aufgewiesen.

Im Zuge des Verfahrens über die Einrechnung bestimmter Zeiten gemäß § 11 Abs. 2 und 4 BDG 1979 sei vom Leiter der ZWA N. bei Anhalten der häufigen krankheitsbedingten Dienstverhinderungen des Beschwerdeführers eine Vorführung zum Vertragsarzt in Erwägung gezogen worden.

Am 24. März 1993 habe der Leiter der ZWA N. gegen den Beschwerdeführer gemäß § 109 Abs. 1 BDG 1979 Disziplinaranzeige erstattet, weil er trotz Aufforderung am 3. März 1993 seinen vorgeschriebenen Dienst nicht angetreten und dadurch eine Dienstpflichtverletzung begangen habe. Als Faktum, das zu dieser Disziplinaranzeige geführt habe, sei festgestellt worden, der Beschwerdeführer hätte laut Dienstplan der ZWA N. am 3. März 1993 um 7.30 Uhr seinen vorgeschriebenen Dienst antreten sollen. Diesen Dienst habe er aber nicht angetreten. Er habe erst um 9.00 Uhr desselben Tages seine Dienststelle telefonisch davon verständigt, daß er sich verspätet habe, seinen Dienst aber sofort antreten würde. Er habe jedoch in der Folge seinen Dienst aber auch nicht um 9.00 Uhr angetreten. Um

10.30 Uhr sei der Beschwerdeführer vom Leiter der ZWA N. im Espresso einer Tankstelle in seinem Dienort angetroffen worden. Auf seine Dienstpflichtverletzung angesprochen habe der Beschwerdeführer erklärt, wegen Krankheit vom Dienst abwesend zu sein. Auf Grund dieser Dienstpflichtverletzung (§§ 48 Abs. 1 und 51 Abs. 1 BDG 1979) sei der Beschwerdeführer am 8. Juli 1993 vom "Inspizierenden der Zollwache für den Bereich Wien-Donau-March als mittelbaren Dienstvorgesetzten gemäß § 109 Abs. 2 BDG 1979 schriftlich ermahnt" worden, in Zukunft seine Dienstpflichten, insbesondere seine im Dienstplan vorgeschriebenen Dienststunden, einzuhalten und eine Abwesenheit vom Dienst unverzüglich zu melden und zu rechtfertigen, widrigenfalls Disziplinaranzeige an die Disziplinarbehörde erstattet werden würde.

Am 18. Juni 1993 sei der Beschwerdeführer der ZWA H. dienstzugeteilt und mit Wirkung vom 1. Oktober 1993 zu dieser versetzt worden. Am 14. Dezember 1993 habe der Leiter der ZWA H. auftragsgemäß über den Beschwerdeführer Bericht erstattet und seinen Arbeitserfolg als zufriedenstellend bezeichnet. In diesem Bericht sei weiters ausgeführt worden, daß der Beschwerdeführer im Berichtszeitraum seit seiner Versetzung 20 Arbeitstage wegen Krankheit vom Dienst abwesend gewesen sei.

Am 26. April 1994 habe der Beschwerdeführer den Antrag gestellt, sein provisorisches Dienstverhältnis gemäß § 11 Abs. 1 BDG 1979 mit Wirksamkeit vom 1. Juli 1994 definitiv zu stellen.

Am 17. Juni 1994 sei durch den Leiter der ZWA H. an den Inspizierenden der Zollwache für den Bereich Wien-Donau-March die Mitteilung ergangen, der Beschwerdeführer habe trotz Aussprache seine Gewohnheiten bezüglich der häufigen Krankenstände ungeachtet der anstehenden Definitivstellung nicht geändert; es sei zu befürchten, daß er diese Vorgangsweise auch in Zukunft fortsetzen werde.

Diesen Sachverhalt würdigte die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht unter Hinweis auf den in ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hervorgehobenen Erprobungscharakter des provisorischen Dienstverhältnisses einerseits und die Definitivstellungserfordernisse nach § 11 in Verbindung mit § 4 BDG 1979 andererseits dahingehend, erst bei Zutreffen ALLER Voraussetzungen werde das provisorische Dienstverhältnis mit dem Eintritt der letzten Voraussetzung kraft Gesetzes definitiv. Der im letzten Satz des Abs. 1 des § 4 (richtig: § 11) BDG 1979 vorgesehene Bescheid sei nur rechtsfeststellend und solle der Rechtssicherheit des Beamten dienen. Das bedeute, daß bereits bei Vorliegen einer der im § 10 Abs. 4 BDG 1979 beispielsweise angeführten Kündigungsstatbestände die Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses gerechtfertigt sei.

Der Beschwerdeführer sei als Zollwachebeamter der ZWA H. zugewiesen und erbringe seinen Dienst als Abfertigungsbeamter bei der Zweigstelle H. des Zollamtes N. In dieser Funktion habe er im grenzüberschreitenden Zugverkehr Reisendenabfertigungen in zollrechtlicher und grenzkontrollrechtlicher Hinsicht durchzuführen. Anforderungsgemäß verlange ein derartiger Dienst, ungeachtet der Befähigung zur Anwendung von in der praktischen Berufsarbeit erworbenen Erfahrung und Kenntnis der einschlägigen Gesetze und sonstiger Vorschriften, neben sicherem Auftreten, Aufgeschlossenheit und geschicktem Umgang mit Menschen auch die Bereitschaft sich gewissen

Gefahren auszusetzen, Verschwiegenheit zur Gewissenhaftigkeit und Verlässlichkeit. Einen besonderen Stellenwert für diese Tätigkeit habe insbesondere auch eine stabile körperliche und geistige Verfassung sowie eine dementsprechende charakterliche Einstellung. Da auf Grund der oben angeführten Umstände anzunehmen sei, daß der Beschwerdeführer gerade die zuletzt genannten Voraussetzungen, die auch Bestandteile der Ernennungs- und somit auch der Definitivstellungserfordernisse - seien, nicht erfülle, sei die Kündigung seines provisorischen Dienstverhältnisses durch die FLD rechtmäßig und gerechtfertigt.

Dem Berufungsvorbringen des Beschwerdeführers, es sei seine beantragte Definitivstellung bescheidförmig festzustellen gewesen, weil es die FLD unterlassen habe, vor dem 30. Juni 1994 Kündigungsmaßnahmen einzuleiten bzw. einen Kündigungsbescheid zu erlassen (das entsprechende Verfahren sei erst danach durchgeführt und abgeschlossen worden) und mit Ablauf des 30. Juni 1994 auf Grund seines Antrages und der Erfüllung des § 11 Abs. 1 BDG 1979 sein Dienstverhältnis kraft Gesetzes definitiv geworden sei, hielt die belangte Behörde entgegen, der Mangel der persönlichen Eignung sei nicht nur ein Kündigungsgrund nach § 10 Abs. 4 BDG 1979, sondern hindere auch den Eintritt der Definitivstellung, weil dieser Umstand auch die Nichterfüllung eines allgemeinen Ernennungserfordernisses (§ 4 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979) bedeute. Die Definitivstellung sei eine von Gesetzes wegen eintretende Folge der Erfüllung sämtlicher im § 11 Abs. 1 BDG 1979 umschriebenen Voraussetzungen. Zum Eintritt der Rechtsfolge bedürfe es jedoch der Erlassung eines rechtsfeststellenden Bescheides der Dienstbehörde, der nur auf Ansuchen des Beamten ergehe. Bis zur Erlassung eines solchen, die eingetretene Definitivstellung des Beamten aussprechenden Bescheides der Dienstbehörde bleibe daher das provisorische Dienstverhältnis nach Ablauf von vier Jahren vorerst noch ein provisorisches. Ein provisorisches Dienstverhältnis könne sich demnach auf einen längeren Zeitraum als vier Jahre erstrecken. Dies folge im übrigen schon daraus, daß ein Ansuchen des Beamten um Definitivstellung erst nach Ablauf von vier Jahren von ihm gestellt werden könne oder daß die sonstigen für die Definitivstellung vorgeschriebenen Bedingungen vom betreffenden Beamten nicht erfüllt worden seien.

Auf Grund dieser Rechtslage sei das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Kündigung noch ein provisorisches gewesen. Der Kündigung seines Dienstverhältnisses gemäß § 10 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 4 BDG 1979 sei somit nichts entgegengestanden.

Am 26. April 1994 habe der Beschwerdeführer den Antrag auf Definitivstellung gestellt. Über diesen Antrag habe die FLD keinen die Definitivstellung feststellenden Bescheid erlassen, sondern bescheidmäßig die Kündigung seines provisorischen Dienstverhältnisses ausgesprochen, in der schon begrifflich in negativer Weise auch über die Frage seiner möglichen Definitivstellung abgesprochen worden sei.

Seinem Vorbringen, die Dienstbehörde habe es unterlassen vor dem Ablauf seiner vierjährigen provisorischen Dienstzeit Kündigungsmaßnahmen einzuleiten, werde entgegengehalten, daß vor diesem Zeitpunkt im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens der zum gegenständlichen Kündigungsbescheid führende maßgebende Sachverhalt festgestellt worden sei. In weiterer Folge sei bereits am 2. Mai 1994 der Fachausschuß für die Bediensteten des Zollwachdienstes bei der FLD von seiner beabsichtigten Kündigung gemäß § 9 Abs. 1 lit. i des Bundes-Personalvertretungsgesetzes 1967 nachweislich in Kenntnis gesetzt worden.

Aus den dargelegten Gründen sei die belangte Behörde als Berufungsinstanz zur Ansicht gelangt, der Beschwerdeführer weise die persönliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben eines Zollwachebeamten nicht auf.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem Recht auf rechtskonforme Interpretation des § 11 BDG 1979 verletzt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer bringt vor, es stehe nicht im Belieben der Behörde, ohne objektiv nachvollziehbare Kriterien eine Definitivstellung bescheidmäßig nicht festzustellen. Die Dienstbehörde habe daher zu prüfen gehabt, ob die Voraussetzungen (neben den formalen Voraussetzungen vor allem die Eignung) beim Beschwerdeführer gegeben seien oder nicht. In seinem Fall sei davon auszugehen, daß sowohl der Leiter der ZWA N. (Bericht vom 23. Februar 1993) als auch der Leiter der ZWA H. (Bericht vom 14. Dezember 1993) ihm einen durchschnittlichen bzw. befriedigenden Arbeitserfolg bescheinigt hätten. Auf Grund dieser Tatsache sei für die Kündigung zu prüfen, ob

zwischen dem 14. Dezember 1993 und dem 1. Juli 1994 eine derartige Arbeitsverschlechterung eingetreten sei, auf Grund derer die Behörde zwingend eine Kündigung habe aussprechen müssen bzw. seinen Antrag auf Definitivstellung abzuweisen gehabt habe. Die belangte Behörde habe nur einen einzigen Faktor aus diesem Zeitraum, nämlich die Mitteilung des Leiters der ZWA H. vom 17. Juni 1994, daß die Krankenstände des Beschwerdeführers offensichtlich keine Änderung erfahren hätten, angeführt. Dazu sei festzustellen, daß die belangte Behörde zweimal in Kenntnis dieser Krankenstände dem Beschwerdeführer eine durchschnittliche Leistung bescheinigt hätte. Die belangte Behörde wäre daher verpflichtet gewesen, dem Beschwerdeführer mitzuteilen, daß er bei seiner Dienststelle nicht mit einer Definitivstellung zu rechnen habe. Da die belangte Behörde für den obgenannten Zeitraum keine Verschlechterung seiner Dienstleistungen angeführt habe, sei daher die Feststellung, er habe am 1. Juli 1994 die Voraussetzungen für die Definitivstellung nicht erbracht, objektiv nicht nachvollziehbar.

Dem ist folgendes entgegenzuhalten:

Gemäß § 10 Abs. 1 BDG 1979 ist das Dienstverhältnis

zunächst provisorisch.

Das provisorische Dienstverhältnis kann (nach Abs. 2 dieser Bestimmung) mit Bescheid gekündigt werden.

Kündigungsgründe sind (nach Abs. 4 leg. cit.) insbesondere:

1.

Nichterfüllung von Definitivstellungserfordernissen,

2.

Mangel der körperlichen oder geistigen Eignung,

3.

unbefriedigender Arbeitserfolg,

4.

pflichtwidriges Verhalten,

5.

Bedarfsmangel.

Nach § 11 Abs. 1 BDG 1979 wird das Dienstverhältnis auf Antrag des Beamten definitiv, wenn er neben den Ernennungserfordernissen

1. die für seine Verwendung vorgesehenen Definitivstellungserfordernisse erfüllt und

2. eine Dienstzeit von vier Jahren im provisorischen Dienstverhältnis vollendet hat.

Der Eintritt der Definitivstellung ist mit Bescheid festzustellen. Zu den allgemeinen Ernennungserfordernissen zählt nach § 4 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979 die persönliche und fachliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind.

Gemäß § 90 BDG 1979 hat der Vorgesetzte über den provisorischen Beamten vor der Definitivstellung zu berichten, ob der Beamte den Arbeitserfolg aufweist, der im Hinblick auf seine dienstliche Stellung zu erwarten ist.

Zutreffend gehen beide Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens im Ergebnis davon aus, daß die Kündigung des Beamten den Bestand eines provisorischen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses voraussetzt.

Zur Beurteilung der Frage, ob ein provisorisches Dienstverhältnis vorliegt oder nicht, kommt es darauf an, ob zu dem für die Definitivstellung in Frage kommenden Zeitpunkt (hier: Ablauf des 30. Juni 1994) alle Voraussetzungen erfüllt sind (waren), die zum Eintritt dieser Rechtsfolge führen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. die Erkenntnisse vom 6. Dezember 1956, Zl. 2777/53, Slg. N.F. Nr. 4228/A, und vom 18. Juni 1970, Zl. 1247/68, sowie vom 11. Mai 1987, Zl. 86/12/0189) ist die Definitivstellung eine von Gesetzes wegen eintretende Folge der Erfüllung sämtlicher in § 11 Abs. 1 BDG 1979 umschriebenen Voraussetzungen. Zum Eintritt der Rechtsfolge bedarf es jedoch der Erlassung eines

rechtsfeststellenden Bescheides der Dienstbehörde, der nur auf Ansuchen des Beamten ergeht. Auch Sachverhalte, die einen Kündigungstatbestand nach § 10 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 erfüllen, können ein gesetzliches Hindernis für das Definitivwerden des Dienstverhältnisses (arg.: "Ernennungserfordernisse" in § 11 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 BDG 1979) bilden, sofern sie zu dem für den Eintritt der Definitivstellung maßgeblichen Zeitpunkt gegeben sind. Ist dies der Fall, so führt dies zum Nichteintritt der Definitivstellung und damit zum Fortbestand des provisorischen Dienstverhältnisses (vgl. dazu die Ausführungen im Erkenntnis vom 20. Mai 1992, Zlen. 87/12/0076, 0082, zu § 10 Abs. 4 Z. 3 und 4 BDG 1979 und die dort angeführte Vorjudikatur).

Im Beschwerdefall hat der Beschwerdeführer vor dem für die Definitivstellung maßgeblichen Stichtag (1. Juli 1994) seinen Antrag auf Definitivstellung gestellt. Sein Dienstverhältnis wurde von der Dienstbehörde erster Instanz mit Bescheid vom 20. Oktober 1994 mit Wirksamkeit Ablauf des 31. Jänner 1995 gekündigt, ohne daß förmlich über den Definitivstellungsantrag des Beschwerdeführers abgesprochen wurde. Dies belastet jedoch den angefochtenen Kündigungsbescheid nicht mit Rechtswidrigkeit. Dem BDG 1979 läßt sich nämlich kein Anhaltspunkt entnehmen, daß die Dienstbehörde bei einer zeitlichen Lagerung, wie sie im Beschwerdefall vorliegt, verpflichtet gewesen wäre, vorerst über das Definitivstellungsansuchen rechtsfeststellend zu entscheiden, ehe sie die Kündigung aussprechen durfte. *Lege non distinguente* kann daher die Dienstbehörde im Kündigungsverfahren als Vorfrage (vgl. § 1 DVG in Verbindung mit § 38 AVG) beurteilen, ob das Dienstverhältnis des Beamten noch ein provisorisches ist oder im Hinblick auf die Erfüllung aller Voraussetzungen nach § 11 Abs. 1 BDG 1979 bereits definitiv geworden ist (vgl. dazu das bereits zitierte Erkenntnis vom 20. Mai 1992,

Zlen. 87/12/0076, 0082).

Die belangte Behörde hat aus einer Reihe von Umständen, die vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerde nicht bestritten wurden, insbesondere seinen häufigen Krankenständen mit steigender Tendenz und den damit verbundenen Begleitumständen den Schluß gezogen, es habe dem Beschwerdeführer zum maßgebenden Zeitpunkt eine stabile körperliche und geistige Verfassung sowie eine dementsprechende charakterliche Einstellung gefehlt, diese Anforderungen seien vom Dienst des Beschwerdeführers als Zollwachebeamter geboten, weshalb es ihm daher an einem (allgemeinen) Ernennungs- und Definitivstellungserfordernis (nämlich § 4 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979 in Verbindung mit § 11 Abs. 1 *leg. cit.*) gemangelt habe. Dies habe zum einen den Nichteintritt der Definitivstellung bewirkt, zum anderen sei dies auch ein Kündigungsgrund (§ 10 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979).

Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Rechtslage ist diese Auffassung nicht rechtswidrig, sofern die dem zugrundeliegenden Umstände in einem den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Ermittlungsverfahren festgestellt wurden.

Letzteres bestreitet der Beschwerdeführer insofern, als er im Ergebnis eine Ergänzung des von der Behörde festgestellten und von ihm auch nicht bestrittenen Sachverhalt aus rechtlichen Erwägungen für geboten erachtet. Die dem zugrundeliegenden Auffassungen des Beschwerdeführers treffen indes nicht zu:

Zunächst ist festzuhalten, daß das Urteil der jeweiligen unmittelbaren Dienstvorgesetzten über die vom Beschwerdeführer erbrachten Leistungen die Dienstbehörden nicht bindet. Krankenstände sind unter dem Gesichtspunkt einer Leistungsbeurteilung (auch auf der Ebene der unmittelbaren Dienstvorgesetzten) insoweit erheblich, als sie bei einem entsprechenden Ausmaß eine Leistungsfeststellung unzulässig machen können (vgl. insbesondere § 83 Abs. 3 BDG 1979). Die von den beiden Vorgesetzten des Beschwerdeführers getroffenen Werturteile, er habe im jeweiligen Beurteilungszeitraum eine durchschnittliche (zufriedenstellende) Leistung erbracht, schließen es daher nicht aus, die in diesen Beurteilungszeiträumen liegenden häufigen mit steigender Tendenz anfallenden Krankenstände unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Eignung (§ 10 Abs. 4 Z. 2 in Verbindung mit § 11 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979) selbständig zu würdigen. Denn die persönliche Eignung schlägt sich nicht nur im Arbeitserfolg nieder.

Dazu kommt noch folgendes:

Wie die belangte Behörde zutreffend dargelegt hat, verfolgt die Einrichtung des provisorischen Dienstverhältnisses den Zweck, den Beamten auf seine Eignung für den Dienst zu prüfen und nur Beamte in das definitive Dienstverhältnis zu übernehmen, die allen Anforderungen entsprechen, die an einen Beamten im allgemeinen in Anbetracht der Verwendung, für die er aufgenommen wurde, gestellt werden müssen. Es sind daher alle sich nicht voll bewährenden Amtsträger noch vor Erlangung einer unkündbaren Stellung von der Beamtenlaufbahn, für die sie sich nicht eignen,

auszuschließen (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. November 1982, Zl. 81/12/0041, und die dort angeführte Rechtsprechung). Aus diesem Zweck des provisorischen Dienstverhältnisses ist auch abzuleiten, daß die Beurteilung der persönlichen Eignung - ähnlich wie die Beurteilung des Arbeitserfolges (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 20. Mai 1992, Zlen. 87/12/0076, 0082 - sich nicht bloß auf einen eingeschränkten Zeitraum, sondern auf den gesamten Beurteilungszeitraum, das heißt aber auf die Dauer des provisorischen Dienstverhältnisses insgesamt, bezieht. Daß die im Beschwerdefall unbestritten gebliebenen Krankenstände dieses Ausmaßes mit steigender Tendenz in Verbindung mit den weiteren damit verbundenen Begleiterscheinungen (die zur Ermahnung wegen des Verdachtes von Dienstpflichtverletzungen führte) geeignet sind, die persönliche Eignung des Beschwerdeführers vor dem Hintergrund der Anforderungen, die sich aus seiner Verwendung als Zollwachebeamter ergeben, zu verneinen, steht für den Verwaltungsgerichtshof außer Frage.

Es war daher nicht rechtswidrig, wenn die belangte Behörde ohne Rücksicht auf die beiden vom Beschwerdeführer angeführten Berichte seiner jeweiligen Dienstvorgesetzten unter Berücksichtigung der von ihr aufgezeigten Umstände zum Ergebnis gelangte, das provisorische Dienstverhältnis des Beschwerdeführers sei mangels seiner persönlichen Eignung nicht mit Ablauf des 30. Juni 1994 zu einem definitiven geworden und die dazu führenden Umstände seien gleichzeitig ein tauglicher Kündigungsgrund im Sinne des § 10 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979. Die von der Behörde angestellten Überlegungen lassen auch nicht erkennen, daß sie das ihr zukommende Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes geübt hätte.

Daran kann auch die vom Beschwerdeführer behauptete Informationspflicht der Dienstbehörde nichts ändern. Abgesehen davon, daß eine solche nicht ausdrücklich in § 10 oder § 11 BDG 1979 normiert ist (vgl. hingegen das Erfordernis der - zeitgerechten - Ermahnung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer negativen Leistungsfeststellung nach § 81 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979) wurde der Beschwerdeführer nach den unbestrittenen Feststellungen im angefochtenen Bescheid bereits im Vorhalt der FLD vom 8. Oktober 1992 (also ca. 1 3/4 Jahre vor Ablauf der vierjährigen Dienstzeit im provisorischen Dienstverhältnis) auf seine mangelnde persönliche Eignung hingewiesen. Auch in den in der Folge im Jahr 1993 getroffenen Maßnahmen seiner verschiedenen Vorgesetzten und der FLD wurden dem Beschwerdeführer unmißverständlich seine Fehlleistungen vorgehalten; insbesondere stellte ihm die FLD in der Begründung des Bescheides vom 4. Mai 1993 (Ablehnung der Einrechnung von Vordienstzeiten nach § 11 BDG 1979) sogar ausdrücklich die Kündigung seines Dienstverhältnisses in Aussicht. Es fehlte daher im Beschwerdefall keinesfalls an klaren und zeitgerechten "Warnungen" des Beschwerdeführers seitens seiner verschiedenen Vorgesetzten und der Dienstbehörde erster Instanz, die ihm auch die möglichen Folgen des Verharrens in seinem kritisierten Verhalten unmißverständlich vor Augen führten.

Die Beschwerde ist daher nicht begründet. Da sie bereits ihrem Inhalt nach erkennen läßt, daß die vom Beschwerdeführer behaupteten Rechtsverletzungen nicht vorliegen, war sie gemäß § 35 Abs. 1 in Verbindung mit § 42 Abs. 1 VwGG in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

### **Schlagworte**

Anspruch auf Sachentscheidung Besondere Rechtsgebiete Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Parteistellung Parteienantrag Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Beachtung einer Änderung der Rechtslage sowie neuer Tatsachen und Beweise freie Beweiswürdigung Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung Feststellungsbescheide Sachverhalt Vorfrage Beweiswürdigung Wertung der Beweismittel Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung konstitutive Bescheide Anspruch auf Sachentscheidung Allgemein

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

ECLI:AT:VWGH:1995:1995120031.X00

### **Im RIS seit**

25.01.2001

### **Zuletzt aktualisiert am**

31.03.2009

**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)