

# TE Vwgh Erkenntnis 1993/5/26 92/12/0120

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.05.1993

## Index

L24009 Gemeindebedienstete Wien;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

## Norm

AVG §45 Abs2;  
AVG §58 Abs2;  
BDG 1979 §10;  
B-VG Art130 Abs2;  
DO Wr 1966 §18 Abs1;  
DO Wr 1966 §54a;  
VwGG §41 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litb;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Herberth, Dr. Germ, Dr. Höß und Dr. Händschke als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Stöckelle, über die Beschwerde des T in W, vertreten durch Dr. B, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Berufungssenates der Stadt Wien vom 29. April 1992, Zl. Go/Cz DVR 0000191, betreffend Kündigung während der Probezeit gemäß § 54a der Dienstordnung der Stadt Wien (DO), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Die Bundeshauptstadt Wien hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.540,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Kostenmehrbegehren wird abgewiesen.

## Begründung

Der am 17. August 1966 geborene Beschwerdeführer trat am 7. September 1981 in ein Lehrverhältnis zu den Wiener Stadtwerken-Generaldirektion ein, um den Lehrberuf "Gas- und Wasserleitungsinstallateur" zu erlernen. Im Anschluß an die Lehrzeit wurde ein Vertragsdienstverhältnis begründet. Seit 1. Dezember 1981 stand der Beschwerdeführer in

einem provisorischen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien, das durch die Unterstellung unter die DO begründet wurde.

Am 16. Juli 1991 erstatteten die Dienstvorgesetzten des Beschwerdeführers (Abteilungsleiter und Gruppenleiter) eine Dienstbeschreibung an die Personalabteilung die wie folgt lautet:

"Verwendung: Monteur-Hausdienst  
Befähigung: Genügend  
Verwendbarkeit: Minder entsprechend  
Fleiß: Ungleichmäßig  
Benehmen: Nicht optimal gegenüber  
unmittelbar Vorgesetzten  
Einhaltung der Arbeitszeit: Nicht immer korrekt  
Dienstliche Beanstandungen: Nimmt oft Anweisungen nicht  
zur Kenntnis.

Keine Besserung trotz mehrfacher Verwarnung."

Diese formularmäßige Dienstbeschreibung schließt mit der Aussage, die definitive dienstordnungsmäßige Anstellung könne von der Dienststelle derzeit nicht empfohlen werden.

Nach Kenntnisnahme dieser Dienstbeschreibung am 19. Juli 1991 richtete der Beschwerdeführer am 25. Juli 1991 zwei Schreiben an die Wiener Stadtwerke-Gaswerke, in welchen er einerseits erklärte, mit der Dienstbeurteilung nicht einverstanden zu sein und um einen Termin für ein klärendes Gespräch zu ersuchen und andererseits bat, eine Entscheidung über seine Kündigung oder eine Dienstrücktrittserklärung, um einen Tag später einen neuerlichen Vertrag als Vertragsbediensteter zu bekommen, erst nach Behandlung seines Einspruches gegen die Dienstbeurteilung zu treffen.

Bei der Besprechung vom 4. September 1991 wurden in Anwesenheit der Dienstvorgesetzten des Beschwerdeführers diesem die von der Abteilung IIg mit Schreiben vom 28. August 1991 vorgehaltenen Verfehlungen mitgeteilt. Daneben wurde dem Beschwerdeführer nach dem Inhalt der Niederschrift dieser Gegenschrift, die als Gegenstand ausdrücklich "ein Gespräch über seine Dienstbeschreibung vom 16.7.1991" laut Protokoll zum Gegenstand hatte, dem Beschwerdeführer durch Herrn S vorgeworfen, er habe eine schlechte Arbeitseinstellung. So habe er sich am 21. April 1991 um 10.00 Uhr bei ihm mit dem Bemerken abgemeldet, daß er sich zum Arzt begeben. An diesem Tag sei er ohne weitere Abmeldung oder Entschuldigung nicht mehr zum Dienst erschienen. Der Beschwerdeführer gab hiezu an, daß er an jenem Tag eine Injektion ins Handgelenk erhalten habe und seine Tätigkeit nicht mehr hätte fortführen können. Auf den Einwand, daß er sich auch telefonisch für jenen Tag hätte abmelden können, habe der Beschwerdeführer gemeint, die Dienststelle hätte wissen können, daß er nach der Arztbehandlung, insbesondere Erhalt einer Spritze ins Handgelenk nicht mehr arbeitsfähig sein werde. Zum Vorwurf, seine Arbeitsleistung in der Unterabteilung Überprüfungsbeurteilung sei 50 % unter der Leistung seiner Kollegen gelegen, habe der Beschwerdeführer eingewendet, daß die Anzahl der Arbeitsfälle wegen des jeweiligen Arbeitsumfanges nicht vergleichbar sei. Es stehe (laut Protokoll) "jedenfalls laut S, fest, daß während dieser vierzehn Tage im April 1991 T's Leistungen jeweils die niedrigsten gewesen seien, er jedoch sicher nicht die ausgesucht umfangreichsten Arbeiten durchzuführen gehabt hatte".

Mit Bescheid vom 25. Oktober 1991 wurde das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers zur Stadt Wien gemäß § 54a Abs. 1 DO für den 31. Jänner 1992 gekündigt. Begründend wird nur ausgeführt, die Probefristzeit des Beschwerdeführers würde gemäß § 18 Abs. 1 DO bis zum vollendeten 26. Lebensjahr dauern, das wäre der 16. August 1992. Das Dienstverhältnis werde wegen pflichtwidrigen dienstlichen Verhaltens und unbefriedigenden Arbeitserfolges gekündigt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung ab und bestätigte den erstinstanzlichen Bescheid. In der Bescheidsbegründung wird nach Darstellung des Verfahrensganges ausgeführt, das provisorische Dienstverhältnis verfolge 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 wie in Anbetracht der Verwendung, für die er aufgenommen worden sei, gestellt werden müßten. Es sei die Zweckbestimmung des der Definitivstellung des öffentlich-rechtlichen Bediensteten vorgeschalteten provisorischen Dienstverhältnisses, den Beamtennachwuchs in der Weise sieben zu können, daß alle sich nicht voll bewährenden Amtsträger noch vor Erlangung einer unkündbaren Stellung von der Beamtenlaufbahn, für die sie sich nicht eignen ausgeschlossen werden. Es sei zwar richtig, daß in der Begründung des erstinstanzlichen Bescheides lediglich das Beweisergebnis angeführt worden sei, doch sei eine weitere Ausführung entbehrlich, da dem Beschwerdeführer am 19. Juli 1991 in der Personalabteilung der Gaswerke die dienstliche Beschreibung des Abteilungsleiters bekanntgegeben worden sei. Der Beschwerdeführer habe mit Schreiben vom 25. Juli 1991 um ein Gespräch mit allen für die Dienstbeschreibung Verantwortlichen ersucht. Am 4. September 1991 sei es zu einer über zwei Stunden dauernden Besprechung gekommen, an der der Abteilungsleiter und sechs weitere unmittelbar Vorgesetzte teilgenommen hätten. Besprochen seien sowohl die Minderleistung als auch das pflichtwidrige Verhalten des Beschwerdeführers worden. Der Beschwerdeführer habe ausreichend Zeit und Gelegenheit gehabt, zu jedem Detail eine Stellungnahme abzugeben, habe aber meist mit ganz allgemeinen, bewislosen Gegenbehauptungen, sich an Vorfälle nicht mehr erinnern zu können, Stellung genommen. Vor allem seien die Gegenbehauptungen nicht geeignet, die schlüssige Aussage des Oberaufsehers S, der in einer datumsmäßigen Aufstellung nachgewiesen hätte, daß vergleichbare Monteure im Durchschnitt täglich um fast 50 % mehr Arbeitsfälle erledigten, zu widerlegen. Die belangte Behörde habe daher keine Bedenken, dieser Aussage zu folgen und anzunehmen, daß die Dienstleistung des Beschwerdeführers nicht zufriedenstellend gewesen sei. Da ein unbefriedigender Arbeitserfolg, von dem nicht gesagt werden könne, daß es sich um eine vorübergehende Erscheinung gehandelt hätte, festgestellt worden sei, beruhe die ausgesprochene Kündigung auf einem gesetzlichen Kündigungsgrund. Der Vorwurf der Pflichtverletzung, die dem Beschwerdeführer bei jener Besprechung vorgehalten worden sei, beruhe auf seinem Fernbleiben vom Dienst am 21. April 1991. Um 10.00 Uhr habe sich der Beschwerdeführer bei Oberaufseher S mit dem Bemerkten abgemeldet, daß er sich zum Arzt begeben werde. An diesem Tag sei er ohne weitere Abmeldung oder Entschuldigung nicht mehr zum Dienst erschienen. Der Beschwerdeführer habe die Eigenmacht des weiteren Fernbleibens zugegeben, sich aber damit entschuldigt, die Dienststelle hätte wissen können, daß er nach einer Arztbehandlung, insbesondere nach einer Injektion ins Handgelenk, nicht mehr arbeitsfähig gewesen sei. Gemäß § 25 DO habe ein Beamter, der vom Dienst abwesend sei, ohne vom Dienst befreit oder enthoben zu sein, dies dem Vorgesetzten unverzüglich zu melden und seine Abwesenheit zu rechtfertigen. Allein in der Unterlassung dieser Pflicht müsse - unabhängig von der Dauer des unentschuldigten Fernbleibens vom Dienst und von der Frage, ob der Beschwerdeführer tatsächlich dienstunfähig gewesen sei - ein pflichtwidriges Verhalten erblickt werden. Dem Berufungsvorbringen, die Kündigung sei aus unsachlichen, rein in persönlichen gelegenen Motiven erfolgt - der Beschwerdeführer sei strafweise zu minderwertiger Arbeit (Standablesungen) herangezogen und so einer Sonderbehandlung unterzogen worden - hält die belangte Behörde entgegen, daß der Beschwerdeführer in der Besprechung vom 4. September 1991 zu keinem dieser Punkte etwas vorgebracht habe, wohl weil er gewußt hätte, daß zur jährlichen Gaszählerablesung bei Sonderabnehmern ungefähr 80 % der Mitarbeiter des Hausdienstes mit derselben Ausbildung herangezogen würden. Von einem Spannungsverhältnis mit einem der unmittelbaren Vorgesetzten habe der Beschwerdeführer weder anlässlich der Bekanntgabe der Dienstbeschreibung noch in der genannten Besprechung etwas gesagt. Die belangte Behörde sehe keinen sachlichen Grund, der Dienstbeschreibung des Abteilungsleiters vom 16. Juli 1991 keinen Glauben zu schenken. In dieser Dienstbeschreibung werde dem Beschwerdeführer nur genügende Befähigung, minder entsprechende Verwendbarkeit, ungleichmäßiger Fleiß und eine nicht immer korrekte Einhaltung der Arbeitszeit attestiert. Weiters werde festgehalten, daß der Beschwerdeführer oft Anweisungen nicht zur Kenntnis nehme und trotz mehrfacher Verwarnungen keine Besserung in seinem Verhalten eingetreten sei. Die Abteilungsleitung habe daher eine definitive Anstellung nicht empfehlen können. Der Beschwerdeführer habe bei seinen Behauptungen selbstverständlich das Ziel, die Kündigung zu vermeiden und wolle deshalb das ihm vorgeworfene Verhalten nicht eingestehen, oder gebe vor, sich an verschiedene Vorfälle nicht erinnern zu können. Es hätten sich aber keine Anhaltspunkte ergeben, auf Grund derer den Zeugen subjektive Interessen unterstellt werden könnten, weshalb der Sachverhalt des mangelnden Pflichtbewußtseins, des fehlenden Fleisses und des langsamen Arbeitstempos als erwiesen anzunehmen sei. Die belangte Behörde stimme daher mit der ersten Instanz darin überein, daß der Beschwerdeführer die erforderliche Eignung für ein definitives Dienstverhältnis nicht aufweise.

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

Die belangte Behörde hat eine Gegenschrift erstattet und Gegenanträge gestellt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 18 Abs. 1 DO wird die Anstellung im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien nach Ablauf der Probefrist definitiv. Die Probefrist beträgt sechs Jahre und dauert jedenfalls bis zum vollendeten

26. Lebensjahr. Gemäß § 54a Abs. 1 des Gesetzes kann die Gemeinde Wien das Dienstverhältnis während der Probefrist durch Kündigung auflösen.

Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien liegt - im Rahmen der zeitlichen Begrenzung durch die Probefrist - im freien Ermessen der Dienstbehörde. Der "Sinn des Gesetzes" besteht - entsprechend dem Zweck der Einrichtung der Probefrist - 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 wie in Anbetracht der Verwendung, für die er aufgenommen wurde, gestellt werden müssen - darin, alle sich nicht voll bewährenden Beamten noch vor Erlangung einer unkündbaren Stellung von der Beamtenlaufbahn, für die sie sich nicht eignen, ausschließen zu können (vgl. Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. September 1989, Zl. 88/12/0036, und vom 16. Juni 1980, Zl. 2036/79).

Wenn auch Ermessensentscheidungen dadurch charakterisiert sind, daß ihr Inhalt nicht vorausbestimmt ist, so darf doch nicht außer acht gelassen werden, daß es sich bei einer Ermessensentscheidung ebenso wie bei einer gebundenen Entscheidung um einen Verwaltungsakt in Vollziehung eines Gesetzes handelt, für den das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in gleicher Weise zu gelten hat. Dazu gehört aber, daß auch bei Ermessensentscheidungen die Schlußfolgerung ebenso auf sorgfältig angestellten Überlegungen beruhen muß, wie in den Fällen, in denen das Gesetz im einzelnen vorschreibt, worauf die Behörde Bedacht zu nehmen hat. Mit anderen Worten: Es soll zwar in den Fällen in denen die Gesetzgebung von einer bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde absieht und die Bestimmung dieses Verhaltens der Behörde selbst überläßt, dem freien Ermessen anheimgestellt bleiben, welche Entscheidung die Behörde im einzelnen Fall als die dem Sinne des Gesetzes entsprechende trifft; eine solche Entscheidung soll aber erst dann getroffen werden dürfen, wenn eine die besonderen Verhältnisse des jeweiligen Einzelfalles voll berücksichtigende Interessensabwägung vorangegangen ist (vgl. auch Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Februar 1989, Zl. 88/12/0070).

Die im vorliegenden Beschwerdefall von der belangten Behörde festgestellte Minderleistung, die darin bestanden hat, durch die Aussage des Obergerichtes sei nachgewiesen, daß vergleichbare Monteure im Durchschnitt täglich um fast 50 % mehr Arbeitsfälle erledigt hätten als der Beschwerdeführer, bezog sich nach dem Inhalt der Niederschrift bloß auf einen Zeitraum von vierzehn Tagen im April 1991 und ist vom Beschwerdeführer mit der Behauptung beantwortet worden, die Anzahl der Arbeitsfälle sei wegen des jeweiligen Arbeitsumfanges nicht vergleichbar. Die von der belangten Behörde - ohne Angabe der Dauer - getroffene Feststellung des minderen Arbeitserfolges ist schon wegen der kurzen Dauer der Vergleichszeit nicht schlüssig begründet.

Der Vorwurf der Pflichtverletzung wird von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid ausschließlich mit dem Fernbleiben des Beschwerdeführers vom Dienst am 21. April 1991 nach einem von ihm gemeldeten Arztbesuch um 10.00 Uhr damit begründet, daß er an diesem Tag ohne weitere Abmeldung nicht mehr zum Dienst gekommen sei. Auch wenn es sich, wie die belangte Behörde diesbezüglich zutreffend ausführt, um eine Pflichtverletzung durch Unterlassung handelt, so ist ihr bei der relativ kurzen Dauer des unentschuldigtem Fernbleibens vom Dienst, wenn - wie der Beschwerdeführer behauptet - er tatsächlich infolge einer ärztlichen Behandlung dienstunfähig gewesen sein sollte, kein so schwerwiegendes Fehlverhalten zu entnehmen, daß diese Tatsache allein den Kündigungsgrund pflichtwidrigen Verhaltens darstellen könnte.

Ansichts der Vielzahl der gegen den Beschwerdeführer im Verfahren erhobenen Vorwürfe hat die Dienstbehörde erster Instanz im Kündigungsbescheid keinen einzigen konkreten Tatbestand genannt, der die Kündigung rechtfertigen würde. Die belangte Behörde hat nach Feststellung dieses Mangels des Bescheides erster Instanz die Feststellungen

auf die beiden ausführlich dargestellten Gründe gestützt, ohne darzulegen, warum diesen bei der Ermessensübung entscheidendes Gewicht zukommen soll.

Zutreffend rügt der Beschwerdeführer, daß die niederschriftliche Vernehmung der Parteien und seiner Person zur Sache der von ihm bekämpften Dienstbeschreibung erfolgt ist.

Die belangte Behörde hat diese Dienstbeschreibung ihrer Entscheidung über die Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses zugrundegelegt, ohne eigene Feststellungen über die Tatsachen zu treffen, die einen mangelnden Verwendungserfolg begründen könnten.

Da auf Grund der genannten Verletzungen von Verfahrensvorschriften auch nicht auszuschließen ist, daß die belangte Behörde bei deren Vermeidung zu einem anderen Bescheid gelangt wäre, mußte der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufgehoben werden.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhalt mit der Verordnung<sup>3</sup> GBl. Nr. 104/1991, wobei der Aufwand an Gebühren für eine überzählige Ausfertigung der Beschwerde nicht zuerkannt werden konnte.

### **Schlagworte**

Beschwerdepunkt Beschwerdebegehren Entscheidungsrahmen und Überprüfungsrahmen des VwGH  
Ermessensentscheidungen Ermessen Beweiswürdigung Ermessen Begründung von Ermessensentscheidungen

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

ECLI:AT:VWGH:1993:1992120120.X00

### **Im RIS seit**

21.03.2001

### **Zuletzt aktualisiert am**

30.09.2010

**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)