

# TE Vwgh Erkenntnis 1992/5/20 87/12/0076

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.05.1992

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;  
63/09 Allgemeines Dienstrecht und Besoldungsrecht Nachkriegsrecht  
Übergangsrecht;

## Norm

AVG §38;  
AVG §56;  
AVG §66 Abs4;  
AVG §73 Abs2;  
BDG 1979 §10 Abs1 Z3;  
BDG 1979 §10 Abs1;  
BDG 1979 §10 Abs2;  
BDG 1979 §10 Abs4 Z3;  
BDG 1979 §10 Abs4 Z4;  
BDG 1979 §11 Abs1 Z2;  
BDG 1979 §11 Abs1;  
BDG 1979 §12;  
BDG 1979 §4 Abs1 Z3;  
BDG 1979 §4 Abs1;  
BDG 1979 Anl1;  
GÜG §5 Abs1;  
VwGG §13 Abs1 Z1;  
VwGG §27;  
VwGG §41 Abs1;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 87/12/0082

## 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 des Schriftführers Mag. Steiner, über die Beschwerden des NN in A, vertreten durch Dr. R, Rechtsanwalt in W, gegen

1) den Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 19. März 1987, Zl. 68203/11-II/4/87, betreffend Definitivstellung und

2) den Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 8. April 1987, Zl. 68203/12-II/4/87, betreffend Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses,

zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 6.070,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Der 1962 geborene Beschwerdeführer stand seit 1. April 1982 in einem provisorischen Dienstverhältnis zum Bund; nach erfolgreicher Absolvierung der Grundausbildung wurde er ab 1. August 1983 zum Gendarmerieposten (GP) M und (auf seinen Wunsch) mit Wirkung vom 1. August 1985 zum GP A versetzt. Ab 1. September 1986 war der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen dem Landesgendarmeriekommando für Niederösterreich, Referatsgruppe nn/B, zugeteilt, weil seine bisherige vorwiegende Verwendung im exekutiven Außendienst der Dienstbehörde wegen seiner Erkrankung nicht mehr vertretbar erschien.

Über Aufforderung LGKdo für Niederösterreich (Dienstbehörde erster Instanz) stellte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 21. November 1985 den Antrag auf Definitivstellung nach § 11 Abs. 1 BDG 1979. Nach Befassung des früheren Vorgesetzten des Beschwerdeführers, des Postenkommandanten des GP M (in den Verwaltungsakten liegen Aufforderungen bzw. Ermahnungen desselben vom 28. Jänner 1984 und vom 5. März 1984 auf, zu bestimmten Vorfällen - insbesondere Mißstände bei der Aktenführung - schriftlich Stellung zu nehmen bzw. eine Mitteilung vom 4. Juli 1984, der Beschwerdeführer habe trotz nachweislicher schriftlicher Ermahnung den zu erwartenden Arbeitserfolg während seiner Dienstzeit auf dem GP M nicht aufgewiesen), kam der Postenkommandant des GP A in seinem näher begründeten Bericht nach § 83 BDG 1979 vom 20. Jänner 1986 zum Ergebnis, der Beschwerdeführer habe trotz Ermahnung den von ihm zu erwartenden Arbeitserfolg nicht aufgewiesen. Der Beschwerdeführer nahm zu Punkt II dieses Berichtes (Termingerechtigkeit/Pünktlichkeit der Arbeit) dahingehend Stellung, daß er seit seiner Versetzung zum GP A keine großen Rückstände in der Aktenabfertigung habe.

Am 10. Februar 1986 wurde gegen den Beschwerdeführer wegen des Verdachtes pflichtwidrigen Verhaltens (Unterlassung der Aufzeichnung bzw. Verfolgung einer am 24. Dezember 1985 erstatten Anzeige wegen Verdachtes der Übertretung nach §§ 4 und 5 StVO; unbegründeter zweistündig verspäteter Antritt eines angeordneten Plandienstes am 17. Jänner 1986) Disziplinaranzeige an die Dienstbehörde erster Instanz erstattet. Dieses Verfahren wurde in der Folge jedoch von der Dienstbehörde am 28. April 1986 nach § 110 Abs. 2 BDG 1979 formlos eingestellt, nachdem der Beschwerdeführer hierfür zuvor vom Postenkommandanten von A jeweils schriftlich ermahnt worden war.

Am 4. März 1986 stellt der zuständige Gendarmerieabteilungskommandant bei der Dienstbehörde den Antrag, den Beschwerdeführer wegen unbefriedigenden Arbeitserfolges und pflichtwidrigen Verhaltens zu kündigen.

In der Zeit vom 20. März bis 27. März 1986 befand sich der Beschwerdeführer im Krankenhaus Mistelbach; dabei wurde seine Erkrankung an Diabetes mellitus festgestellt. Nach dem Befund der Internen Abteilung des a.ö. Krankenhauses Mistelbach vom 1. April 1986 wurde beim Beschwerdeführer nach der stationären Aufnahme ein "NBZ" von 247 mg% festgestellt. Bei der Blutgas-Analyse habe sich eine deutliche Veränderung der Parameter im Sinne einer metabolischen Acidose, welche sich nach Gabe von Natrium-Bicarbonat und Absinken der Blutzuckerwerte aber prompt gebessert habe, gezeigt. Die Einstellung des Diabetes sei mit Human-Insulin erfolgt. Am Tag der Entlassung sei ein NBZ von 229 mg% unter Depot Human 32 Einheiten bei 2/3/2/2/3 BE gemessen worden. Eine genaue Einstellung des Diabetes könne aber erst unter normaler körperlicher Belastung erfolgen, sodaß weiterhin regelmäßige Blutzucker-Kontrollen notwendig seien.

Die Dienstbehörde erster Instanz beauftragte daraufhin den Gendarmeriearzt Primarius Dr. E mit der Durchführung einer Kontrolluntersuchung. In seinem Befund und Gutachten vom 14. April 1986 stellte Dr. E fest, es bestehe auf Grund der diabetischen Stoffwechsellage (nach Rücksprache mit Chefarzt der Gendarmerie Dr. M) die einhellige Auffassung, daß der Beschwerdeführer für einen Postendienst nicht geeignet sei. Dienstverwendungen im Kasernenbereich (GZK, LGK mit KI) und Dienst in einem "GAK" und "BGK" wären zumutbar, damit der Beamte seine geregelten Mahlzeiten und Medikation einhalten könne. Als "Kalkül" wurde festgehalten: "voll gendarmeriedienstfähig bei der gendarmerieärztlich angeführten Dienstverwendung".

Das gegen den Beschwerdeführer in der Folge eingeleitete Kündigungs- und das vom Beschwerdeführer beantragte Definitivstellungsverfahren nahmen folgenden Verlauf (wobei bezüglich näherer Einzelheiten auf die unten folgende Detaildarstellung verwiesen wird):

-

Kündigung des provisorischen Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers mit Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz vom 11. Juni 1986, wobei das Ende des Dienstverhältnisses mit Ablauf des 30. September 1986 festgesetzt wurde.

-

Abweisung des Antrages des Beschwerdeführers um Definitivstellung mit Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz vom 24. Juli 1986.

Der Beschwerdeführer erhob gegen beide Bescheide jeweils rechtzeitig Berufung, wobei die belangte Behörde nach Durchführung eines zum Teil gemeinsamen Ermittlungsverfahrens zunächst über die Berufung im Definitivstellungsverfahren und erst zu einem späteren Zeitpunkt über die Berufung im Kündigungsverfahren - jeweils im Ergebnis abweisend - entschied.

-

Der Bescheid der belangten Behörde vom 19. März 1987, mit dem die Berufung des Beschwerdeführers gegen den Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz vom 24. Juli 1986 betreffend Definitivstellung des Beschwerdeführers (unter Modifizierung des Spruches) abgewiesen wurde, ist Gegenstand der unter Zl. 87/12/0076 protokollierten Beschwerde.

-

Der Bescheid der belangten Behörde vom 8. April 1987, mit dem die Berufung des Beschwerdeführers gegen den Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz vom 11. Juni 1986 betreffend Kündigung abgewiesen wurde, ist Gegenstand der unter Zl. 87/12/0082 protokollierten Beschwerde.

#### ZU ZL. 87/12/0076 - DEFINITIVSTELLUNGSVERFAHREN

Die Dienstbehörde erster Instanz begründete ihren Bescheid vom 24. Juli 1986, mit dem sie dem Antrag des Beschwerdeführers vom 21. November 1985 auf Übernahme in das definitive Dienstverhältnis gemäß § 11 Abs. 1 BDG 1979 mit Wirksamkeit vom 1. April 1986 wegen Nichterfüllung von Definitivstellungserfordernissen, mangels der körperlichen Eignung und unbefriedigenden Arbeitserfolges keine Folge gab, im wesentlichen damit, die Zwischenvorgesetzten hätten in "Durchlauferledigungen" gemeldet, daß der Beschwerdeführer bereits während seiner Verwendung auf dem GP M wegen wiederholter Aktenrückstände mehrmals mündlich und schriftlich ermahnt habe werden müssen. Deswegen habe der Postenkommandant mehrmals mit dem Beschwerdeführer Mitarbeitergespräche geführt. Durch den Postenkommandanten des GP M sei der Beschwerdeführer am 28. Jänner, 5. März und 4. Juli 1984 schriftlich ermahnt worden. In seinen schriftlichen Rechtfertigungen habe der Beschwerdeführer zwar im allgemeinen versichert, sich um einen positiven Arbeitserfolg zu bemühen, eine Leistungssteigerung sei aber in keiner Weise eingetreten.

Auch nach seiner Versetzung zum GP A habe sich der Beschwerdeführer am 24. Dezember 1985 und am 17. Jänner 1986 Dienstpflichtverletzungen zu schulden kommen lassen. Obwohl die Staatsanwaltschaft Korneuburg die Verfolgung des angezeigten Sachverhaltes (Vorfall vom 24. Dezember 1985) nach § 302 StGB gemäß § 90 StPO

zurückgelegt und auch die Dienstbehörde erster Instanz das Disziplinarverfahren am 28. April 1986 gemäß § 110 Abs. 2 BDG 1979 wegen einer bereits ausgesprochenen Belehrung durch den Postenkommandanten eingestellt habe, seien diese Umstände zur Abrundung des Gesamtbildes im Definitivstellungsverfahren erwähnenswert.

Auf Grund des geschilderten Sachverhaltes, der angeführten mündlichen und schriftlichen Ermahnungen, der Dienstpflichtverletzungen, des mangelhaften und unbefriedigenden Arbeitserfolges sowie der allgemeinen negativen Dienstauffassung und gleichgültigen Einstellung des Beschwerdeführers zum Gendarmeriedienst, seien die Zwischenvorgesetzten in den Durchlaufmeldungen zum Antrag des Beschwerdeführers auf Definitivstellung zur Auffassung gelangt, er erfülle nicht die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen für die Definitivstellung. Daher sei auch im Bericht zur Leistungsfeststellung des Postenkommandanten des GP A vom 20. Jänner 1986 zusammenfassend festgestellt worden, der Beschwerdeführer habe im Beurteilungszeitraum den zu erwartenden Arbeitserfolg trotz Ermahnung nicht aufgewiesen. Diese Feststellungen seien auch durch den Zwischenvorgesetzten bestätigt und dem Beschwerdeführer am 20. Jänner 1986 nachweislich zur Kenntnis gebracht worden.

Unter Hinweis auf den Krankenhausaufenthalt des Beschwerdeführers und die Kontrolluntersuchung vom 14. April 1986 durch Primarius Dr. E stellte die Dienstbehörde erster Instanz ferner fest, der Beschwerdeführer sei nicht für den Exekutivdienst geeignet. Die weiteren Einschränkungen des Gendarmeriearztes, die Dienstverwendung des Beschwerdeführers wäre unter gewissen Voraussetzungen im Innendienst zumutbar, seien ausschließlich aus medizinischer Sicht getroffen worden. Aus dienstrechtlicher Sicht könne sich dem die Dienstbehörde nicht anschließen. Vielmehr sei der provisorische Beamte, bei dem ein Mangel der körperlichen Eignung festgestellt worden sei, nach § 10 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 zu kündigen. Beim Leiden des Beschwerdeführers (an Diabetes mellitus mit täglicher Insulinbehandlung) handle es sich um eine Erkrankung, bei der auf Grund bestehender Bestimmungen (Vorschriften über die körperliche Eignung für den Exekutivdienst) Exekutivdienstuntauglichkeit gegeben sei. Der provisorische Beamte könne nur dann definitiv gestellt werden, wenn seine Tauglichkeit für den Exekutivdienst (Außendienst) feststehe. Die Definitivstellung des Beschwerdeführers, der unter gewissen Voraussetzungen (Diät, geregelte Mahlzeiten mit regelmäßiger Einnahme von Medikamenten) nur für den Innendienst herangezogen werden könne, sei demnach ausgeschlossen.

Das provisorische Dienstverhältnis habe schließlich den Zweck, den Beamten auf seine Eignung für den Dienst in körperlicher, geistiger und charakterlicher Hinsicht zu prüfen und nur Beamte in das definitive Dienstverhältnis zu übernehmen, die allen Anforderungen entsprächen, die an sie in Anbetracht ihrer Verwendung gestellt werden müßten. Beim Beschwerdeführer seien auf Grund des Berichtes zur Leistungsfeststellung gemäß § 83 BDG 1979 vom 20. Jänner 1986 wegen Nichterfüllung des zu erwartenden Arbeitserfolges und wegen der festgestellten körperlichen Mängel die Definitivstellungsvoraussetzungen als nicht erbracht anzusehen.

In seiner BERUFUNG gegen diesen Bescheid brachte der Beschwerdeführer im wesentlichen vor, die Definitivstellungserfordernisse (nach § 12 Abs. 1 in Verbindung mit der Anlage 1 zum BDG 1979) seien von ihm erfüllt worden. Der Beschwerdeführer bestritt den MANGEL SEINER KÖRPERLICHEN EIGNUNG mit dem Hinweis, sein Blutzucker sei äußerst stabil eingestellt; er weise bei der Kontrolle immer optimale Werte, und zwar im Bereich zwischen 100 und 120 mg% auf. Der Beschwerdeführer sei im Hinblick auf den Außendienst voll belastbar. In diesem Zusammenhang legte der Beschwerdeführer ein ärztliches Attest seines behandelnden Arztes Dr. K vom 19. Juni 1986 vor, das folgenden Wortlaut hat:

"ÄRZTLICHES ATTEST

BETRIFFT: NN GEB. 17. 12. 1962, IN A

Diagnose: Insulinpflichtiger Diabetes mell.

Pat. ist äußerst stabil eingestellt, weist bei den Blutzuckerkontrollen optimale Werte auf und ist im Hinblick auf den Außendienst voll belastbar."

Ferner beantragte der Beschwerdeführer die Einholung eines ärztlichen Sachverständigengutachtens sowie ein ärztliches Attest darüber, daß seine Diabeteserkrankung nur eine vorübergehende Erkrankung darstelle. Dieses Attest werde er der Dienstbehörde vorlegen. Im übrigen führte er näher aus, warum seiner Auffassung nach das Gutachten Doktoris E nicht den an ein Sachverständigengutachten aus rechtlicher Sicht gestellten Anforderungen gerecht werde. Nach den Durchführungsbestimmungen zum BDG 1979 könnte auch ein gut gestellter Diabetiker im öffentlichen

Dienst verwendet werden. Es gebe keinen Anhaltspunkt dafür, daß er ein Sonderfall (mit besonderer Neigung zum Auftreten hypoglykämisch bedingter Bewußtseinsstörungen) sei. Zum UNBEFRIEDIGENDEN ARBEITSERFOLG führte der Beschwerdeführer aus, ein solcher könne vor Eintritt der Definitivstellung zur Kündigung, danach zu einem Leistungsfeststellungsverfahren führen. Der Bericht des Vorgesetzten über den provisorischen Beamten gemäß § 83 BDG 1979 sei aber kein Definitivstellungserfordernis im Sinn des § 11 Abs. 1 BDG 1979; er könne (nur) im Rahmen des Kündigungsgrundes nach § 10 Abs. 4 Z. 3 BDG 1979 überprüft werden. Da in seinem Fall bis zum 1. April 1986 keine Kündigung des Dienstverhältnisses aus diesem Grund erfolgt sei, stelle der (vom Beschwerdeführer im übrigen bestrittene) unbefriedigende Arbeitserfolg kein Definitivstellungshindernis dar.

Die belangte Behörde holte sowohl in diesem Verfahren als auch im Kündigungsverfahren ein Gutachten des Chefarztes der Bundesgendarmerie Dr. M ein.

In seinem Untersuchungsbefund vom 29. September 1986 kam Dr. M zum Ergebnis, es bestehe ein insulinpflichtiger Diabetes mellitus (Humandepotinsulin Höchst 32 Einheiten und 12 WBE) mit mäßig guter Langzeiteinstellung und mit Einstellung der Zuckerwerte im oberen Bereich ohne Hypoglykämie neigung. Die körperliche Belastbarkeit sei als normal zu bezeichnen. Auf Grund einer fehlenden Hypoglykämie neigung (Unterzuckerungsneigung mit Gefahr einer Bewußtlosigkeit) bei Kurzzeitbelastung könne aus ärztlicher Sicht eine körperliche Eignung für Tätigkeiten des Gendarmerieinnen- und Außendienstes gegeben sei, wenn eine stabile Stoffwechseleinstellung vorhanden sei und engmaschige Blutzuckerkontrollen (tägliche Selbstkontrolle durch den Patienten) durchgeführt würden. Für körperliche Langzeitbelastungen (Dauerbelastungen) bestehe jedoch keine Eignung, da in jedem Falle Unterzuckerungsneigung bestehe, wenn nicht zwischendurch laufend Nahrung zugeführt werden könne.

In seiner Stellungnahme vom 3. November 1986 führte der Beschwerdeführer dazu aus, daß er nach dem von ihm vorgelegten ärztlichen Attest des ihn behandelnden Arztes Dr. K. im Hinblick auf den Außendienst voll belastbar sei. Außerdem habe er nach Feststellung des Diabetes mellitus vor ca. 7 Monaten weiterhin auf dem GP A seinen Dienst versehen und dabei auch körperlichen Dauerbelastungen standgehalten. Der Beschwerdeführer wies in diesem Zusammenhang auf sicherheitsdienstliche Einsätze wegen Bauerndemonstrationen in Nickelsdorf, Tulln und Klein-Haugsdorf, bei denen er 18 Stunden und länger Exekutivdienst verrichtet habe, hin. Trotz dieser Langzeitbelastung seien bei ihm im Hinblick auf seine Diabetes mellitus keinerlei gesundheitliche Probleme aufgetreten; es könne daher nicht davon gesprochen werden, daß seine körperliche Eignung bei Extremsituationen nicht bestehe.

Die belangte Behörde ermittelte hierauf die Dauer des Dienstesatzes des Beschwerdeführers bei den angegebenen Bauerndemonstrationen am 27. April, 14. Mai und 16. Mai 1986 durch Befragung des Postenkommandanten des GP A. Der Postenkommandant gab in zwei Stellungnahmen, insbesondere zum Einsatz am 14. Mai 1986 in Tulln, an (Plandienst des Beschwerdeführers an diesem Tag von 10.00 bis 20.00 Uhr, wobei der Beschwerdeführer am 13. und 15. Mai dienstfrei hatte), daß der Exekutivdienst des Beschwerdeführers von 6.00 bis 10.00 Uhr und von 12.00 bis 14.30 Uhr gedauert habe. Die Hin- und Rückfahrt habe jeweils ca. 2 Stunden gedauert. Die übrige Zeit (Bereitstellungszeiten) hätten sich die Beamten im Aufenthaltsraum des GP Tulln aufgehalten, wobei auch geruht werden können. Beim Einsatz am 16. Mai 1986 in Klein-Haugsdorf sei der Beschwerdeführer von 6.00 bis 14.00 Uhr im tatsächlichen Einsatz gestanden; er habe sich bei diesem Dienst im "PWF" auch selbst eine "Spritze" gegeben. Von einer körperlichen Dauerbelastung bei diesen Einsätzen von oftmals 18 Stunden und länger könne daher nicht gesprochen werden.

In seiner Stellungnahme vom 11. Februar 1987 brachte der Beschwerdeführer im wesentlichen dazu vor, aus den Meldungen des Postenkommandanten gehe hervor, daß er an den angeführten Tagen seinen Dienst ordnungsgemäß versehen habe, ohne daß es zu gesundheitsbedingten Beeinträchtigungen gekommen sei. Damit sei erwiesen, daß sein Gesundheitszustand nach Eintritt der Definitivstellung kein Hindernis für seine Dienstverrichtung gewesen sei.

Mit dem NUNMEHR ANGEFOCHTENEN BESCHEID vom 19. März 1987 gab die belangte Behörde der Berufung des Beschwerdeführers keine Folge, änderte jedoch den Spruch des erstinstanzlichen Bescheides gemäß § 66 Abs. 4 AVG dahingehend ab, daß die Worte "Nichterfüllung von Definitivstellungserfordernissen" zu entfallen hätten.

Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des bisherigen Verwaltungsgeschehens im wesentlichen aus, nach § 11 Abs. 1 BDG 1979 ergebe sich, daß für die Definitivstellung nicht nur der Zeitablauf, sondern auch die Erfüllung aller Ernennungs- und Definitivstellungserfordernisse Voraussetzung sei. Dazu gehörten nach § 4 BDG 1979 auch die "persönliche und fachliche Eignung" als ein allgemeines Ernennungserfordernis; sie beziehe sich sowohl auf

die ausbildungsmäßig als auch auf die allgemeine geistige, körperliche und charakterliche Eignung. Für die Beurteilung der Verwendungsfähigkeit eines Beamten sei die Dienstbehörde zuständig, die auch über die Rechtsfrage zu entscheiden habe. Aus dem für schlüssig befundenen Gutachten des Chefarztes der Bundesgendarmerie Dr. M. vom 29. September 1986 ergebe sich, daß die volle Exekutivdiensttauglichkeit des Beschwerdeführers derzeit nicht gegeben sei. Eine allfällige Wiedererlangung derselben sei auch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Dies ergebe sich aus der Bestätigung der Innendienstverwendbarkeit unter der Auflage täglicher Blutzuckerkontrollen und Vorlage dieser Befunde in halbjährigen Abstand beim Gendarmeriearzt. Das vom Beschwerdeführer im Berufungsverfahren vorgebracht ärztliche Gutachten des Dr. K. vom 19. Juni 1986 erschöpfe sich hingegen in der Abgabe eines allgemein gehaltenen Urteils ohne schlüssige Begründung.

In der Verständigung vom 14. Oktober 1986 (Übermittlung des chefarztlichen Gutachtens an den Beschwerdeführer in Wahrung des Parteiengehörs) sei dem Beschwerdeführer bereits mitgeteilt worden, daß für einen Wachebeamten des Gendarmeriedienstes die körperliche Eignung für alle Extremsituationen und plötzlich auftretende physische Langzeitbelastungen vorhanden sein müsse. Diese Anforderungen werden von der belangten Behörde im folgenden näher dargestellt. Abschließend gelangte die belangte Behörde zum Urteil, es könne daher im öffentlichen Interesse nicht verantwortet werden, wenn der Beschwerdeführer Belastungen dieser Art ausgesetzt werde und bei einer Langzeitbelastung eine Unterzuckerung unter Umständen mit Bewußtseinsstörungen verbunden eintrete.

Laut Meldung des GP A sei der Beschwerdeführer auch bei den (von ihm angeführten) sicherheitsdienstlichen Einsätzen keiner körperlichen Dauerbelastung von 18 Stunden und länger ausgesetzt gewesen, wie er in seiner Stellungnahme vom 3. November 1986 angegeben habe. Weiters habe er sich auch während eines Einsatzes von kürzerer Dauer (ca. 8 Stunden) (in Klein-Haugsdorf) selbst Insulin spritzen müssen. Bei langandauernden exekutivdienstlichen Einsätzen müsse davon ausgegangen werden, daß der Beschwerdeführer die Blutzuckerselbstkontrollen sowie die Insulinverabreichung nicht regelmäßig vornehmen und auch eine entsprechende Nahrungsaufnahme nicht erfolgen könne. Auch auf den Umstand, daß ein Wachebeamter Waffenträger sei, sei bei der Beurteilung der Dienstfähigkeit des Beschwerdeführers Bedacht zu nehmen. Eine Unterzuckerungserscheinung könne zur Bewußtlosigkeit führen, wobei ein derartiger Vorfall im Exekutivdienst zur Abnahme der Dienstwaffe durch Verbrecher und deren Einsatz gegen den Beschwerdeführer oder dritte Personen führen könne. Die Besorgnisse der belangten Behörde würden durch die Angaben im Gutachten vom 29. September 1986 zum schlechten Herz-Kreislaufzustand des Beschwerdeführers (Ergometrieergebnis) bestärkt.

Weiters bestätigten die von der Dienstbehörde erster Instanz genannten Ermahnungen, Dienstpflichtverletzungen und Feststellungen hinsichtlich des Arbeitserfolges des Beschwerdeführers, daß er auch aus diesen Gründen persönlich und fachlich für den Gendarmeriedienst nicht geeignet sei. Die Übernahme des Beschwerdeführers in ein definitives Dienstverhältnis sei auch aus diesen Gründen ausgeschlossen. Der gemäß § 83 BDG 1979 erstattete Bericht des Postenkommandanten des GP A bilde zwar kein Definitivstellungserfordernis im Sinn des § 11 Abs. 1 BDG 1979, zeige aber neben den mündlichen und schriftlichen Ermahnungen des Beschwerdeführers seinen unbefriedigenden Arbeitserfolg auf, der unter das Ernennungserfordernis der "persönlichen und fachlichen Eignung" falle.

#### ZU ZL. 87/12/0082 - KÜNDIGUNGSVERFAHREN

Mit Schreiben vom 27. April 1986 gab die Dienstbehörde erster Instanz dem Beschwerdeführer bekannt, es sei beabsichtigt, sein provisorisches Dienstverhältnis wegen Nichterfüllung von Definitivstellungserfordernissen, Mängel der körperlichen Eignung, unbefriedigenden Arbeitserfolges und pflichtwidrigen Verhaltens zu kündigen. Bezüglich des unbefriedigenden Arbeitserfolges berief sich die Dienstbehörde auf die schriftlichen Ermahnungen des Postenkommandanten des GP M vom 28. Jänner, 5. März und 4. Juli 1984 sowie den Bericht zur Leistungsfeststellung nach § 83 BDG 1979 des Postenkommandanten des GP A vom 20. Jänner 1986. Den Mangel der körperlichen Eignung führte die Behörde auf die vom Krankenhaus Mistelbach festgestellte Erkrankung des Beschwerdeführers an Diabetes mellitus zurück und berief sich in diesem Zusammenhang auch auf das Gutachten Doktoris E vom 14. April 1986. Das pflichtwidrige Verhalten des Beschwerdeführers gründete die Dienstbehörde erster Instanz auf die Vorfälle vom 24. Dezember 1985 und vom 17. Jänner 1986.

Der Beschwerdeführer nahm hiezu mit Schreiben vom 11. Mai 1986 Stellung, in dem er im wesentlichen ersuchte, die beabsichtigte Kündigung zurückzunehmen; er habe inzwischen eingesehen, daß die Gründe für die Kündigung auf sein, wenn auch nicht verschuldetes Fehlverhalten zurückzuführen seien. Er verspreche jedoch, daß sein künftiges

Verhalten keinerlei Anlaß zur Klage mehr geben werde. Der Beschwerdeführer wies auch auf seine familiäre und finanzielle Situation hin. Außerdem habe er sich in letzter Zeit in seinem Arbeitserfolg wesentlich gesteigert und ersuche, hiezu den Kommandanten des GP A nochmals zu befragen.

In seiner Stellungnahme vom 30. Mai 1986 gab der Postenkommandant des GP A an, beim Beschwerdeführer sei seit 1986 eine derart positive Einstellung zum Gendarmerieberuf festzustellen, daß er fast nicht wiederzuerkennen sei. Er erledige prompt seine Arbeiten, sei auch im Außendienst sehr aufmerksam und erfolgreich und habe sich auch in der Rechtschreibung sehr verbessert. Wenn die positive Entwicklung des Beschwerdeführers nicht nur von kurzer Dauer sei, sondern die zukünftige Grundeinstellung bedeuten sollte, sei er überzeugt, daß der Beschwerdeführer ein brauchbarer Beamter werden würde.

Mit Bescheid vom 11. Juni 1986 kündigte die Dienstbehörde erster Instanz gemäß § 10 Abs. 4 Z. 1 bis 4 BDG 1979 in Verbindung mit Abs. 2 leg. cit. das provisorische Dienstverhältnis des Beschwerdeführers wegen Nichterfüllung von Definitivstellungserfordernissen, Mangel der körperlichen Eignung, unbefriedigenden Arbeitserfolges und pflichtwidrigen Verhaltens unter Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Kündigungsfrist mit Ablauf des 30. September 1986 und sprach dem Beschwerdeführer die im Gesetz vorgesehene Abfertigung zu.

Begründend führte die belangte Behörde im wesentlichen jene Argumente an, die sie bereits in ihrem Schreiben vom 27. April 1986 angegeben hatte. Ergänzend bemerkte sie, die Einschränkungen im Gutachten des Gendarmeriearztes Dr. E, daß eine Dienstverwendung des Beschwerdeführers unter gewissen Voraussetzungen im Innendienst zumutbar wäre, sei ausschließlich aus medizinischer Sicht getroffen worden. Die Dienstbehörde könne sich dem in dienstrechtlicher Hinsicht nicht anschließen. Vielmehr sei festzustellen, daß der Beschwerdeführer auf Grund des festgestellten Leidens an Diabetes mellitus unter Einstellung der Diabetes im Krankenhaus mit täglicher Insulininjektion die körperliche Eignung für den Gendarmeriedienst nicht erbringe. Auf Grund dieser Erkrankung sei der Beschwerdeführer für den Exekutivdienst (Außendienst) untauglich. Die Definitivstellung eines provisorischen Beamten, der unter gewissen Voraussetzungen (Diät, geregelte Mahlzeiten mit regelmäßiger Einnahme von Medikamenten) nur für den Innendienst herangezogen werden könne, sei ausgeschlossen.

Zur Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 11. Mai 1986 wies die Dienstbehörde darauf hin, die Beteuerungen des Beschwerdeführers, sich in Zukunft anstandslos zu verhalten, könnten nicht berücksichtigt werden: Der Beschwerdeführer stehe schließlich seit 1. August 1983 im exekutiven Außendienst und hätte daher (ausreichend) Gelegenheit gehabt, seine Fähigkeiten unter Beweis zu stellen. Die Dienstbehörde könne bei Beurteilung des Arbeitserfolges des Beschwerdeführers nicht nur den kurzen Zeitraum ab der Einleitung des Kündigungsverfahrens berücksichtigen; sie habe vielmehr vor der Definitivstellung sein gesamtes bisheriges Verhalten (mit dem unbefriedigenden Arbeitserfolg und den ausführlich dargelegten Pflichtwidrigkeiten) zu beurteilen. Diese Tatsache könne auch nicht durch zwischenzeitig eingeholte positive Stellungnahmen der Zwischenvorgesetzten des Beschwerdeführers entkräftet werden.

In seiner BERUFUNG bestritt der Beschwerdeführer, daß Kündigungsgründe vorlägen. Zu den Aktenrückständen während seiner Tätigkeit beim GP M habe er bereits in seiner Äußerung vom 12. April 1984 Stellung bezogen. Zum Definitivstellungsantrag des Beschwerdeführers habe der Postenkommandant des GP A eine positive Stellungnahme (mit entsprechender Leistungsfeststellung) abgegeben. Auf diesen Sachverhalt gehe die erstinstanzliche Entscheidung aber nicht ein. Der Beschwerdeführer erbringe keinen unbefriedigenden Arbeitserfolg, was auch durch die Befragung (namentlich genannter) Kollegen vom GP A bestätigt werden könne. Der Beschwerdeführer bestritt ferner das Vorliegen der ihm zu Last gelegten Dienstplichtverletzungen. Zum Mangel der körperlichen Eignung brachte er unter Hinweis auf das Attest Dris K vom 19. Juni 1986 (zu dessen Inhalt siehe die obigen Ausführungen zum Definitivstellungsverfahren) vor, seine volle Exekutivdiensttauglichkeit stehe außer Zweifel.

Die belangte Behörde ließ die vom Beschwerdeführer angegebenen Arbeitskollegen vom GP A einvernehmen. Der in der fraglichen Zeit die Funktion des Postenkommandanten dieses GP innehabende K. gab laut Niederschrift vom 14. August 1986 an, der Beschwerdeführer habe bis zum Jänner 1986 verschiedene (von ihm angezeigte) Fehlleistungen erbracht, die für ihn insgesamt - unter Einbeziehung der Belehrungen (Ermahnungen) durch den Postenkommandanten des GP M - einen nicht befriedigenden Arbeitserfolg des Beschwerdeführers ergeben hätten. Erst nach Einleitung des Kündigungsverfahrens bzw. ab dem Zeitpunkt, zu dem der Beschwerdeführer von dieser Absicht erfahren habe, habe sich dessen Leistung und seine Einstellung zum Dienst verbessert. Seiner Meinung nach

sei nicht unwesentlich gewesen, daß ab diesem Zeitpunkt auch die medizinische Behandlung des Beschwerdeführers eingesetzt habe. Der Beschwerdeführer führe die erhaltenen Befehle und Aufträge aus, ohne jedoch deshalb einen überdurchschnittlichen Arbeitserfolg zu erbringen. Ein Motivation für das geänderte Verhalten sei die angekündigte Entlassung (Kündigung). Die übrigen Beamten des GP A bestätigten im wesentlichen, daß sie (soweit sie dies beurteilen könnten) keine erheblichen Fehlleistungen des Beschwerdeführers hätten feststellen können.

In seiner Stellungnahme vom 18. September 1986 brachte der Beschwerdeführer vor, die Aussagen seiner Arbeitskollegen bewiesen, daß sein Arbeitserfolg keinesfalls eine Kündigung rechtfertige. Auch sein Vorgesetzter K habe angeführt, daß sich seine Dienstleistung mit Einsetzen der medizinischen Behandlung gebessert habe. Es liege - wenn überhaupt - nur ein kurzfristiger unbedeutender Leistungsabfall vor. Im übrigen wies der Beschwerdeführer darauf hin, daß über seinen Definitivstellungsantrag noch nicht abgesprochen worden sei. Die Kündigung dürfe erst nach der Entscheidung über seinen Definitivstellungsantrag ausgesprochen werden.

Die weiteren Ermittlungen im Kündigungsverfahren (Einholung eines Gutachtens des Chefarztes Dr. M; Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 3. November 1986; Ermittlungen zum Einsatz des Beschwerdeführers während bestimmter Bauerdemonstrationen) decken sich mit jenen im Definitivstellungsverfahren und wurden bereits oben dargestellt.

Mit dem NUNMEHR ANGEFOCHTENEN BESCHEID vom 8. April 1987 gab die belangte Behörde der Berufung nicht statt, änderte jedoch den erstinstanzlichen Bescheid nach § 66 Abs. 4 AVG dahingehend ab, daß der Kündigungsgrund "Nichterfüllung von Definitivstellungserfordernissen" zu entfallen habe; gleichzeitig wurde die Wirksamkeit der Kündigung mit Ablauf des 30. April 1987 neu festgesetzt.

Nach Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens führte die belangte Behörde in der Begründung im wesentlichen aus, im Hinblick auf ihren Bescheid vom 19. März 1987 betreffend Definitivstellungsverfahren sei davon auszugehen, daß das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers weiterhin provisorisch sei. Das provisorische Dienstverhältnis diene unter anderem dem Zweck, den Beamten auf seine Eignung in körperlicher, geistiger und charakterlicher Beziehung zu prüfen. Kündigungsgründe seien insbesondere ein Mangel an körperlicher und geistiger Eignung, unbefriedigender Arbeitserfolg und pflichtwidriges Verhalten. Auch die Nichterfüllung von Definitivstellungserfordernissen sei ein Kündigungsgrund. Da der Beschwerdeführer gemäß Z. 13.

4. der Anlage 1 zum BDG 1979 das für Wachebeamte der Verwendungsgruppe W 3 geltende Definitivstellungserfordernis "erfolgreicher Abschluß der Grundausbildung für Wachebeamte" erfüllt habe, sei dieser von der Dienstbehörde erster Instanz angeführte Kündigungsgrund nicht gegeben (weshalb der Bescheid dementsprechend abzuändern gewesen sei).

Zum UNBEFRIEDIGENDEN ARBEITSERFOLG wies die belangte Behörde zunächst darauf hin, daß der Postenkommandant des GP A in der "Durchlauferstellungnahme" zum Definitivstellungsantrag des Beschwerdeführers vom 3. Dezember 1985 angegeben habe, ihm sei zur Beurteilung des Beschwerdeführers ein Beurteilungsspielraum von 70 Tagen zur Verfügung gestanden. Selbst in dieser Zeit habe der Beschwerdeführer, wenn auch nicht schriftlich, zu verschiedenen Aktenerledigungen gedrängt werden müssen. Der Durchlaufermeldung komme aber deshalb keine Bedeutung zu, weil dieser Bericht (nur) aufgrund einer Beurteilung über 70 Tage und ohne Berücksichtigung des dienstlichen Verhaltens des Beschwerdeführers auf dem GP M erfolgt sei. Aufgrund der Stellungnahme des Postenkommandaten des GP M vom 12. Dezember 1985, bei dem der Beschwerdeführer zwei Jahre lang Dienst versehen habe, habe der Postenkommandant des GP A am 20. Jänner 1986 seinen Bericht über den Beschwerdeführer nach § 83 BDG 1979 verfaßt. In diesem Bericht werde angeführt, daß der Beschwerdeführer im Beurteilungszeitraum den zu erwartenden Arbeitserfolg trotz Ermahnung nicht aufgewiesen habe. Der Arbeitserfolg sei trotz Ermahnung insbesondere deshalb nicht aufgewiesen worden, weil der Beschwerdeführer seine Aufgaben nicht entsprechend habe erledigen können, da seine Rechtschreibkenntnisse sehr schlecht gewesen seien und er sich bei seinen Erledigungen eines unklaren Stils bedient habe. Selbst einfache Erledigungen habe der Beschwerdeführer lange Zeit nicht bearbeitet; er habe deshalb ständig zu deren Bearbeitung gedrängt werden müssen. Weiters sei er nicht in der Lage gewesen, die Vordringlichkeit einzelner Aufgaben zu erkennen. Seine Erledigungen seien meist sehr kurz gefaßt gewesen und hätten selten den Sachverhalt erschöpfend dargestellt, sodaß oft Ergänzungen notwendig gewesen seien. Außerdem habe der Beschwerdeführer die vorgegebene Arbeitsmenge nicht in der durchschnittlich erwarteten Zeit erbracht. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens seien zur ergänzenden Erhebung der Arbeitsleistungen des

Beschwerdeführers die von ihm beantragten Beamten niederschriftlich einvernommen worden. Nach Wiedergabe der Angaben des Postenkommandanten von A, K, führte die belangte Behörde aus, auch den niederschriftlichen Angaben der übrigen Kollegen seien im Hinblick auf die Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers nichts zu entnehmen, was für die günstigere Beurteilung des unbefriedigenden Arbeitserfolges von Bedeutung gewesen wäre. Der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 18. September 1986 könne daher nicht gefolgt werden. Die persönliche und fachliche Eignung des Beschwerdeführers sei daher aus diesem Gründen nicht gegeben.

Zur ERKRANKUNG des Beschwerdeführers wies die belangte Behörde auf die Behandlung des Beschwerdeführers im Krankenhaus Mistelbach in der Zeit vom 20. März bis 27. März 1986 sowie die Untersuchung des Beschwerdeführers durch Dr. E vom 14. April 1986 hin. Auch der Chefarzt Dr. M habe den Beschwerdeführer im Rahmen des Ermittlungsverfahrens untersucht. Er habe in seinem Gutachten vom 29. September 1986 festgestellt, daß ein insulinpflichtiger Diabetes-Melitus mit mäßig guter Langzeiteinstellung und mit Einstellung der Zuckerwerte im oberen Bereich ohne Hypoglykämieeignung bestehe. Unter der Voraussetzung einer stabilen Stoffwechseleinstellung und täglicher Blutzuckerselbstkontrollen könne bei Kurzzeitbelastung aus ärztlicher Sicht eine körperliche Eignung für Tätigkeiten des Innen- und Außendienstes bei der Gendarmerie gegeben sein. Für körperliche Langzeitbelastungen bestehe jedoch laut Gutachten keine Eignung, da in jedem Falle Unterzuckerungsneigung bestehe, wenn nicht zwischendurch laufend Nahrung zugeführt werden könne. Die volle Exekutivdiensttauglichkeit und damit die körperliche Eignung für den Gendarmeriedienst sei daher nicht gegeben. Aus dem zitierten Gutachten sei (auch) erkennbar, daß der Beschwerdeführer die volle Exekutivdiensttauglichkeit auch in absehbarer Zeit nicht wieder erlangen werde, da laut Gutachten die körperliche Eignung für alle Diensttätigkeiten nur unter Auflage von täglichen Blutzuckerselbstkontrollen gegeben sei. Im übrigen wiederholte die belangte Behörde zur Exekutivdiensttauglichkeit sowie zur Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 3. November 1986 (sicherheitsdienstliche Einsätze des Beschwerdeführers während Bauerndemonstrationen) die in ihrem Bescheid zur Definitivstellung getroffenen Aussagen.

Die mit Wirksamkeit vom 1. September 1986 verfügte Verwendung des Beschwerdeführers beim Referat VIb des LGKO für Niederösterreich sei wegen der Erkrankung des Beschwerdeführers erfolgt. Ein Anspruch auf Innendienstverwendung bestehe für einen Wachebeamten nicht. In der Praxis würden ältere, nicht mehr exekutivtaugliche Beamte anstelle der Pensionierung im Innendienst verwendet. Bei jungen Beamten, bei denen vor ihrer Definitivstellung die körperliche Eignung für den Exekutivdienst nicht mehr gegeben sei, könne diese Praxis keine Anwendung finden.

Gegen beide Bescheide erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof, in denen er Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend macht.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt, jeweils eine Gegenschrift erstattet und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerden beantragt.

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

Wegen der zahlreichen Überschneidungen der in beiden Beschwerden angeschnittenen Fragen werden zunächst nur die die Definitivstellung bzw. die Kündigung betreffenden Vorbringen getrennt (vgl. Punkt 1 und 2), die gemeinsamen Vorbringen jedoch unter einem (Punkt 3) behandelt.

#### 1. ZU ZL. 87/12/0076 - DEFINITIVSTELLUNGSVERFAHREN

Gemäß § 11 Abs. 1 BDG 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 § 83 BDG 1979 (in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung; vergleiche nun § 90 BDG 1979 in der

Fassung der Novelle BGBl. Nr. 389/1986), hatte 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.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes macht der Beschwerdeführer zunächst geltend, der Eintritt der Definitivstellung sei mit Bescheid festzustellen. Dem Bescheid komme keine konstitutive, sondern lediglich eine deklarative Bedeutung zu. Demgegenüber habe die Dienstbehörde erster Instanz seinen Antrag "auf Übernahme in das definitive Dienstverhältnis" abgewiesen. Diese Entscheidung sei gesetzwidrig, weil die Behörde lediglich die Feststellung hätte treffen dürfen, ob sein Antrag die Wirkung der Definitivstellung herbeigeführt habe oder mangels Erfüllung gesetzlicher Erfordernisse diese Wirkung nicht gehabt habe. Da die belangte Behörde den erstinstanzlichen Bescheid insoweit unverändert gelassen habe, sei auch ihre Entscheidung gesetzwidrig.

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.

Sowohl die Formulierung des Spruches des Bescheides der Behörde erster Instanz als auch der belangten Behörde lassen nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes hinreichend erkennen, daß die Dienstbehörden davon ausgegangen sind, zu einem bestimmten Zeitpunkt (nämlich dem 1. April 1986) seien die Definitivstellungserfordernisse beim Beschwerdeführer nicht gegeben gewesen. Vor dem Hintergrund dieser unmißverständlich getroffenen Aussage kommt der von der Dienstbehörde erster Instanz gewählten Formulierung ("Dem Antrag des Beschwerdeführers ... wird keine Folge gegeben") nicht die vom Beschwerdeführer zugemessene Bedeutung zu, da einzelne Wendungen des Spruches nicht isoliert und losgelöst vom Gesamtzusammenhang auszulegen sind. Im übrigen hat die belangte Behörde - nur deren Bescheid ist Gegenstand der Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof - im angefochtenen Bescheid den Bescheid der Dienstbehörde erster Instanz auch in diesem Sinne ausgelegt (arg.: "Ihrer Berufung... gegen den Bescheid des Landesgendarmeriekommandos für Niederösterreich vom 24. Juli 1986..., mit dem aufgrund Ihres Antrages vom 21. November 1985 auf Definitivstellung im Gendarmeriedienst mit Wirksamkeit vom 1. April 1986 FESTGESTELLT wurde, daß Sie die Voraussetzungen gemäß § 11 Abs. 1 BDG 1979, BGBl. Nr. 333, nicht erbringen,...").

Der Beschwerdeführer bringt ferner vor, der Mangel der körperlichen oder geistigen Eignung sei ein Kündigungsgrund im Sinn des § 10 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979. Bis zur Einbringung seines Antrages betreffend die Definitivstellung, zu der er von der Dienstbehörde aufgefordert worden sei, sei von einem Kündigungsgrund überhaupt keine Rede gewesen, und sei seine Eignung nicht in Zweifel gezogen worden. Auch das gegenständliche Verfahren habe kein Beweisergebnis erbracht, daß der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt seiner Antragstellung die körperliche oder geistige Eignung nicht aufgewiesen habe. Selbst ausgehend von dem im Verwaltungsverfahren festgestellten Sachverhalt hätte daher die belangte Behörde eine positive Feststellungsentscheidung zu treffen gehabt, weil die Antragseinbringung nach dem klaren Gesetzeswortlaut das Definitivwerden des Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers bewirkt habe.

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, daß der Beschwerdeführer seinen Antrag auf Definitivstellung VOR Ablauf der in § 11 Abs. 1 Z. 2 BDG 1979 vorgesehenen vierjährigen Dienstzeit im provisorischen Dienstverhältnis gestellt hat. Unbestritten hat der Beschwerdeführer diese Voraussetzung erst mit Ablauf des 31. März 1986 erfüllt, sodaß als frühest möglicher Zeitpunkt der Definitivstellung im Beschwerdefall der 1. April 1986 in Betracht kam. Zutreffend haben die Dienstbehörden den Antrag des Beschwerdeführers vom 21. November 1985 in diesem Sinn gedeutet, daß die Definitivstellung mit Wirksamkeit des frühest möglichen Zeitpunktes festgestellt werden möge (vgl. in diesem Zusammenhang auch das in einem vergleichbaren Fall ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof vom 9. Juli 1991, Zl. 89/12/0169), da im Zweifel nicht von einem unzulässigen Antrag des Beschwerdeführers auszugehen ist.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers bestimmte daher im Beschwerdefall nicht bereits die Einbringung des Antrages des Beschwerdeführers den maßgeblichen Zeitpunkt für das Definitivwerden seines Dienstverhältnisses. Entscheidend war viel mehr, ob der Beschwerdeführer zum 1. April 1986 alle sonstigen Voraussetzungen nach § 11 Abs. 1 BDG 1979 erfüllt hat oder nicht.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers können auch Sachverhalte, die einen Kündigungstatbestand nach §

10 Abs. 4 Z. 3 und 4 BDG 1979 erfüllen, ein gesetzliches Hindernis für das Definitivwerden des Dienstverhältnisses (arg.: "Ernennungserfordernisse" im § 11 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 BDG 1979) bilden, sofern sie zu dem für den Eintritt der Definitivstellung maßgeblichen Zeitpunkt (im Beschwerdefall: gemäß § 11 Abs. 1 Z. 2 BDG 1979 am 1. April 1986) gegeben sind.

So hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, daß

-

der mangelnde Arbeitserfolg des provisorischen Beamten (nach § 11 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979 und dem Ernennungserfordernis "fachliche Eignung") (Erkenntnis vom 11. Mai 1987, Zl. 86/12/0189 = Slg. N.F. Nr. 12.467/A - nur Leitsatz)

-

das Vorliegen einer über einen langen Zeitraum latenten manisch-depressiven Krankheit (mit unterschiedlichen Phasen der Aktivität) (bei einer Lehrerin im provisorischen Dienstverhältnis nach § 11 LBG 1962 in Verbindung mit § 11 Abs. 1 BDG 1977 und § 4 Abs. 1 Z. 3 leg. cit. mit dem Ernennungserfordernis der "persönlichen Eignung") (Erkenntnis vom 9. Juli 1991, Zl. 89/12/0169 und

-

eine schwere Dienstpflichtverletzung, die von der Dienstbehörde als Kündigungsgrund nach § 10 Abs. 4 Z. 4 BDG herangezogen worden war (Erkenntnis vom 23. September 1991, Zl. 91/12/0148)

zum Nichteintritt der Definitivstellung (und damit zum Fortbestand des provisorischen Dienstverhältnisses) führten.

Unbestritten ist im Beschwerdefall, daß die Erkrankung des Beschwerdeführers während seines Krankenhausaufenthaltes (20. März bis 27. März 1986) und damit vor dem Stichzeitpunkt für die Definitivstellung festgestellt wurde. Ebenso ist das von der belangten Behörde als Nichterfüllung des Arbeitserfolges gewertete Verhalten des Beschwerdeführers vor dem 1. April 1986 gesetzt worden. Beide Umstände können daher - sofern sie in einem den gesetzlichen Anforderungen entsprechend Ermittlungsverfahren festgestellt wurden (dazu siehe unten Punkt 3) - in rechtlicher Hinsicht zum Nichteintritt der Definitivstellung führen.

## 2. ZU ZL. 87/12/0082 - KÜNDIGUNGSVERFAHREN

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.

Unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit macht der Beschwerdeführer im Kündigungsverfahren geltend, durch die Einbringung seines Definitivstellungsantrages im Februar 1986 (Zeitpunkt des Einlangens bei der Dienstbehörde erster Instanz) sei sein Dienstverhältnis von Gesetzes wegen definitiv geworden. Für diese Rechtswirkung habe es keiner Bescheiderlassung bedurft. Aus § 11 Abs. 1 BDG 1979 sei abzuleiten, daß der dort vorgesehene Bescheid nicht konstitutiv, sondern lediglich feststellend sei. Durch den gesetzwidrigen Bescheid der

Dienstbehörde erster Instanz vom 24. Juli 1986 im parallel geführten Verfahren über die Definitivstellung habe die Dienstbehörde in Wahrheit einen konstitutiven Bescheid erlassen: Durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung sei jedoch die rechtsgestaltende Wirkung dieses Bescheides, nämlich daß sein Dienstverhältnis dadurch rechtswidrig wieder ein provisorisches geworden sei, beseitigt worden; diese Folge sei erst durch den das Definitivstellungsverfahren abschließenden Bescheid der belangten Behörde vom 19. März 1987 (Zustellung am 27. März 1987) herbeigeführt worden. Nun sei zwar der angefochtene Kündigungsbescheid der belangten Behörde nach dem Zeitpunkt der Zustellung des das Definitivstellungsverfahren abschließenden Bescheides der belangten Behörde vom 19. März 1987 erlassen worden. Dies könne aber keinesfalls dazu führen, daß dadurch das gesamte vorherige Kündigungsverfahren saniert werde. Nach Auffassung des Beschwerdeführers müsse die Kündigung in jedem Zeitpunkt zulässig sein, in dem sie ausgesprochen worden sei. Diese Überlegungen gälten jedenfalls und offensichtlich für die Kündigungsgründe nach § 10 Abs. 4 Z. 3 und 4 BDG 1979, da selbst ein Sachverhalt, der für das Vorliegen einer dieser Kündigungsgründe ausreichen würde, in keiner Weise als ein gesetzliches Hindernis für das Definitivwerden des Dienstverhältnisses über Antrag des Beamten interpretiert werden könnte. Die belangte Behörde habe im Parallelverfahren den Nichteintritt der Definitivstellung auf den Mangel der persönlichen und fachlichen Eignung (für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden seien) gestützt. Was die FACHLICHE Eignung betreffe, könne diese nicht zweifelhaft sein, wenn der Beschwerdeführer die entsprechende Dienstprüfung abgelegt und gerade während der Kündigungszeit selbst auch einwandfreie dienstliche Leistungen erbracht habe. Es könnte daher lediglich noch im Rahmen der "PERSÖNLICHEN EIGNUNG" der GESUNDHEITLICHE ASPEKT, der auch als Kündigungsgrund im Sinn des § 10 Abs. 4 Z. 2 BDG 1979 geltend gemacht worden sei, von Bedeutung sein. Die gesetzliche Statuierung dieses Tatbestandes als Kündigungsgrund schließe jedoch seines Erachtens eine solche Betrachtungsweise prinzipiell aus. Die Bezugnahme auf die Ernennungserfordernisse im § 11 Abs. 1 BDG 1979 sei eher beiläufiger Art; außerdem sei die Ernennung ihrer Natur nach etwas wesentlich vom Definitivwerden eines Dienstverhältnisses Verschiedenes. § 4 Abs. 1 Z. 3 BDG 1979 stelle auf eine "vorgesehene Verwendung" ab. Es könne offensichtlich nicht Wille des Gesetzgebers und Gesetzeszweck sein, das Definitivwerden des Dienstverhältnisses im Fall der bloßen Nichteignung für irgendeine vorgesehene Verwendung zu verhindern. Wolle der Dienstgeber den Mangel einer körperlichen Eignung zum Anlaß für die Auflösung des Dienstverhältnisses nehmen, müsse er die Kündigung aussprechen. Im Beschwerdefall sei daher das Definitivwerden seines Dienstverhältnisses nicht durch seine Diabeteserkrankung verhindert worden.

Darüber hinaus seien aber auch die geltend gemachten Kündigungsgründe nicht gegeben gewesen. Es sei (wie in der Beschwerde unter dem Gesichtspunkt eine Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften näher ausgeführt wurde - vgl. dazu näher unten Punkt 3) nur eine relativ kurze Leistungsbeeinträchtigung gegeben gewesen, die mit der Phase der Einstellung seiner Diabetes verbunden gewesen sei und schon zum Zeitpunkt der Einleitung des Kündigungsverfahrens nicht mehr bestanden habe. Der Kündigungsgrund "unbefriedigender Arbeitserfolg" im Sinn des § 10 Abs. 4 Z. 3 BDG 1979 müsse aktuell vorhanden sein; bei der Natur dieses Kündigungsgrundes könne nicht auf irgendwelche beliebigen früheren Zeiträume abgestellt werden. Im übrigen sei aus dem Umstand, daß er (später) erteilte Aufträge und Befehle befolgt habe, auf die volle Erfüllung der Dienstpflicht zu schließen.

Dem ist folgendes entgegen zu halten:

Zutreffend geht der Beschwerdeführer davon aus, daß die Kündigung des Beamten den Bestand eines provisorischen öffentlichen-rechtlichen Dienstverhältnisses voraussetzt.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kommt es allerdings im Beschwerdefall zur Beurteilung der Frage, ob ein provisorisches Dienstverhältnis vorliegt oder nicht, nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung des Beschwerdeführers auf Definitivstellung (oder des Einlangens dieses Antrages bei der Dienstbehörde erster Instanz), sondern auf den nach § 11 Abs. 1 Z. 2 BDG 1979 als frühesten für die Definitivstellung in Frage kommenden 1. April 1986 an (vgl. dazu näher die obigen Ausführungen unter Punkt 1).

Es trifft zu, daß der Beschwerdeführer im Beschwerdefall vor dem für die Definitivstellung maßgebenden Stichtag (1. April 1986) seinen Antrag auf Definitivstellung gestellt hat und sein Dienstverhältnis von der Dienstbehörde erster Instanz - ohne daß zunächst über die Definitivstellung abgesprochen worden wäre - mit Bescheid vom 11. Juni 1986 (mit Wirksamkeit vom 1. Oktober 1986) gekündigt wurde. Aufgrund dieser zeitlichen Lagerung konnte im Beschwerdefall dem Kündigungsbescheid der Dienstbehörde erster Instanz vom 11. Juni 1986 nicht die Wirkung beigelegt werden, damit in negativer Weise (auch) über die Definitivstellung entschieden zu haben (vgl. zu dieser

Wirkung einer Kündigungsentscheidung, deren Wirksamkeit vor dem frühesten für die Definitivstellung in Betracht kommenden Zeitpunkt liegt, die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 9. Mai 1983, Zl. 82/12/0149 = Slg. N.F. Nr. 11.058/A sowie vom 13. Februar 1984, Zl. 83/12/0056). Es bestand daher im Beschwerdefall auch nach dem Zeitpunkt der Erlassung des Kündigungsbescheides durch die Dienstbehörde erster Instanz die Pflicht der Dienstbehörden, über den Definitivstellungsantrag des Beschwerdeführers vom 21. November 1985 zu entscheiden (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Mai 1987, Zl. 86/12/0189 = Slg. N.F. Nr. 12.467/A - nur Leitsatz).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers belastete aber die "vorzeitige" Entscheidung der Dienstbehörde erster Instanz über die Kündigung, diese Entscheidung nicht mit Rechtswidrigkeit: dem BDG 1979 läßt sich nämlich kein Anhaltspunkt entnehmen, daß bei einer zeitlichen Lagerung wie sie im Beschwerdefall vorliegt, die Dienstbehörde verpflichtet wäre, vorerst über das Definitivstellungsansuchen rechtsfeststellend zu entscheiden, ehe sie die Kündigung aussprechen dürfe. 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.

Die gegenteilige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Dezember 1956, Zl. 2777/53 = Slg. N.F. Nr. 4229/A sowie das Erkenntnis vom 15. Jänner 1964, Zlen. 1629 und 1937/62) erfolgte zur früheren Rechtslage nach § 5 Abs. 1 GÜG, sodaß kein Abgehen von der früheren Rechtsprechung, die einer Entscheidung durch einen verstärkten Senat bedürfte, vorliegt (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Februar 1984, Zl. 83/12/0056 und die dort zitierte Vorjudikatur).

Die bisherige Rechtsprechung zum BDG 1979 hat aber die hier interessierende Frage des Verhältnisses von Definitivstellung und Kündigung ausdrücklich offengelassen (so im Erkenntnis vom 13. Februar 1984, Zl. 83/12/0056 im Verhältnis § 38 Abs. 2 zu § 11 BDG 1979) oder ist mittelbar von der hier vertretenen Lösung ausgegangen. So hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 23. September 1991, Zl. 91/12/0148 ausgesprochen, die Dienstbehörde sei im Kündigungsverfahren berechtigt, im Hinblick auf eine während des provisorischen Dienstverhältnisses von Beamten gesetzte, nicht bloß geringfügige Verfehlung (die als Kündigungsgrund nach § 10 Abs. 4 Z. 4 BDG 1979 im damaligen Beschwerdefall herangezogen werden durfte) davon auszugehen, es mangle dem Beamten - unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt die Definitivstellung tatsächlich hätte eintreten können - an der persönlichen Eignung (und daher an der Voraussetzung für die Definitivstellung). Ein Widerspruch zur bisherigen Judikatur zum BDG 1979 liegt daher in dieser Frage nicht vor.

Im übrigen ist im Beschwerdefall noch darauf hinzuweisen, daß die belangte Behörde im Kündigungsverfahren nicht bloß über die Rechtmäßigkeit der von der Dienstbehörde erster Instanz ausgesprochenen Kündigung abgesprochen hat, sondern auch den Wirksamkeitszeitpunkt der Kündigung mit 30

**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)