



**VERWALTUNGSGERICHT  
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38740  
Telefax: (43 01) 4000 99 38740  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-171/091/3574/2020-17  
Mag. C. D.

Wien, 3. Dezember 2020

Geschäftsabteilung: VGW-X

A.

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seine Richterin Mag. Gründel über die Beschwerde der Frau Mag. C. D. gegen den Bescheid der Bildungsdirektion für Wien, vom 08.01.2020, Zl. ..., mit dem gemäß § 9 Abs. 2 iVm Abs. 4 Z3 Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz (LDG) das provisorische Dienstverhältnis mit 31.01.2020 unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Kalendermonaten zum 30.04.2020 gekündigt und der Antrag auf bescheidmäßige Feststellung des Eintrittes der Definitivstellung vom 19.12.2019 gemäß § 10 LDG abgewiesen wurde, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20.11.2020, zu Recht:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, und der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch lautet wie folgt:

1. Gemäß § 10 Abs. 1 Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz- LDG 1984 wird festgestellt, dass die Definitivstellung des Dienstverhältnisses nicht eingetreten ist.

2. Gemäß § 9 Abs. 2 iVm Abs. 4 Z 3 LDG 1984 wird das provisorische Dienstverhältnis mit 31.01.2020 unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Kalendermonaten, somit zum 30.04.2020 gekündigt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

und fasst folgenden

B.

### BESCHLUSS

I. Gemäß § 17 VwGVG und § 76 Abs. 1 AVG werden die Kosten der nichtamtlichen Sachverständigen Mag. Dr. E. F. für die Erstattung des Gutachtens im Sinne des Kostenbeschlusses zur Zahl ... vom 07.09.2020 in Höhe von EUR 837,40, sowie jene für die Teilnahme an der Verhandlung und in dieser erfolgten Erörterung des Gutachtens, im Sinne des Kostenbeschlusses zur Zahl ... vom 30.11.2020 in Höhe von EUR 1.274,10, der Beschwerdeführerin auferlegt.

II. Gegen diesen Beschluss ist eine ordentliche Revision unzulässig.

### Wesentliche Entscheidungsgründe

#### Verfahrensgang, Beschwerde:

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der Bildungsdirektion für Wien, vom 08.01.2020, Zl. ..., wurde gemäß § 9 Abs. 2 iVm Abs. 4 Z3 Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz (LDG) das provisorische Dienstverhältnis mit 31.01.2020 unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Kalendermonaten zum 30.04.2020 gekündigt und der Antrag auf bescheidmäßige Feststellung des Eintrittes der Definitivstellung vom 19.12.2019 gemäß § 10 LDG abgewiesen.

Dagegen richtet sich die form- und fristgerecht eingebrachte Beschwerde der nunmehrigen Beschwerdeführerin vom 31.01.2020, mit der die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Einholung eines neurologisch psychiatrischen Sachverständigengutachtens zum Beweis, dass im Zeitpunkt der Aufforderung zum Dienstantritt (02.12.2019) Dienstunfähigkeit vorlag, beantragt wurde. Weiters wurde beantragt, der Beschwerde Folge zu geben,

festzustellen, dass eine Definitivstellung gemäß § 10 LDG erfolgt ist und der Kündigungsgrund des § 9 Abs. 4 Z3 LDG nicht vorliegt.

Mit Schriftsatz vom 28.02.2020 legte die Beschwerdeführerin einen neuropsychiatrischen Befund und ein Gutachten des Sachverständigen Univ.Doz. Dr. G. vom 22.02.2020 vor, in welchem ausgeführt wurde, dass zum Zeitpunkt der Aufforderung zum Dienstantritt mit 02.12.2019 keine Dienstfähigkeit bestand. Die belangte Behörde holte nach Einlangen des Schriftsatzes eine ergänzende Stellungnahme der Magistratsabteilung 15 (Gesundheitsdienst der Stadt Wien) ein. Mit Stellungnahme vom 09.03.2020 wurde ausgeführt, dass der vorgelegte Befund zu keiner inhaltlichen Änderung des zuletzt erstatteten amtsärztlichen Gutachtens vom 31.10.2019 führe, welches die Dienstfähigkeit der Beschwerdeführerin attestierte.

Die belangte Behörde traf sohin keine Beschwerdeentscheidung und legte den bezughabenden Verwaltungsakt samt Beschwerde dem Verwaltungsgericht Wien mit Einlaufdatum 13.03.2020 zur Entscheidung vor.

Das Verwaltungsgericht Wien nahm Einsicht in den Verwaltungsakt, beauftragte die gerichtlich beeidete Sachverständige Mag. Dr. E. F. mit Schreiben vom 13.05.2020 zu Erstattung eines neurologisch/psychiatrischen Gutachtens hinsichtlich der Frage der Dienstfähigkeit der Beschwerdeführerin. Die genannte Sachverständige führte am 24.06.2020 eine Untersuchung der Beschwerdeführerin durch und erstatte – unter Heranziehung näher genannter Zusatzbefunde – das Gutachten vom 20.08.2020.

Zur Erörterung des Gutachtens und Feststellung des Sachverhaltes führte das Verwaltungsgericht Wien am 20.11.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der die Beschwerdeführerin in Begleitung ihres rechtsfreundlichen Vertreters, Vertreter der belangten Behörde sowie die Sachverständige ladungsgemäß erschienen.

#### Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin stand seit 18.03.1980 in einem vertraglichen Dienstverhältnis und seit 01.10.1998 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Land Wien. Bis 19.12.2019 wurde keine Antrag auf Feststellung des Eintrittes der Definitivstellung gestellt, es handelt es sich nach wie vor um ein provisorisches Dienstverhältnis.

Die Beschwerdeführerin befindet sich seit 09.01.2018 im Krankenstand. Zur Feststellung der Dienstfähigkeit wurden insgesamt vier amtsärztliche Sachverständigengutachten erstellt, nämlich am 02.10.2018, 14.12.2018, 20.03.2019 und 31.10.2019, die allesamt die Dienstfähigkeit der Beschwerdeführerin attestierten.

In einer Niederschrift vom 09.10.2018, wurde festgehalten, dass am Montag, den 15.10.2018 der Dienst wieder angetreten werde und wurde von der Beschwerdeführerin die Versetzung in die Volksschule H., Wien begehrt, welche mit Bescheid vom 11.10.2018 mit Wirksamkeit vom 15.10.2018 verfügt wurde.

Der Dienstantritt am 15.10.2018 fand statt, jedoch meldete sich die Beschwerdeführerin am 16.10.2018 wieder krank.

Am 20.12.2018 wurde anlässlich einer Besprechung in der Bildungsdirektion für Wien (vormals Stadtschulrat für Wien) der Dienstantritt mit 07.01.2019 vereinbart. Ein Dienstantritt erfolgte nicht. Die Beschwerdeführerin verständigte an diesem Tag ihre Vorgesetzte Frau J. K. via Whats-App-Nachricht (Wortlaut: „Liebe J., vorerst alles Gute für 2019, ich möchte dir noch auf diesem Weg noch meine Krankmeldung bekannt geben. Liebe Grüße C.“) von ihrem weiteren Krankenstand. Eine Minute später (08:32) erhielt die Beschwerdeführerin folgende Nachricht: „Danke, auch dir alles Gute für 2019, liebe Grüße J.“. Eine neuerliche ärztliche Bestätigung der Krankmeldung wurde von der Beschwerdeführerin nicht übermittelt, wurde von der Vorgesetzten aber offenbar auch nicht verlangt.

Es erfolgte neuerlich eine Aufforderung den Dienst mit 01.04.2019 anzutreten, anlässlich derer die Beschwerdeführerin zum Dienst erschienen ist, sich am darauffolgenden Tag jedoch wieder krankmeldete.

Am 07.11.2019 erschien die Beschwerdeführerin zum Dienst und meldete sich erneut am 08.11.2019 krank. Eine entsprechende ärztliche Bescheinigung wurde unmittelbar per Whats-App-Nachricht an die Vorgesetzte übermittelt. Die ärztliche Bescheinigung weist eine Dienstunfähigkeit vom 08.11.2019 „b.a.w.“ aus.

Mit Aufforderungsschreiben vom 20.11.2019 erging durch die Bildungsdirektion für Wien die Aufforderung und Ermahnung bis spätestens 02.12.2019 den Dienst anzutreten. Für den Fall des Nichtantrittes wurden als Folge die Prüfung weiterer dienstrechtlicher Schritte sowie der Entfall der Bezüge nach § 12c Abs 1 Z 2 GehG iVm § 106 Abs 1 Z 1 LDG, ausgesprochen. Der Entfall der Bezüge wurde infolge des Nichtantrittes des Dienstes am 02.12.2019 trotz Ermahnung und Weisung veranlasst. Eine neuerliche Bekanntgabe des Krankenstandes erfolgte nicht. Eine ärztliche Krankmeldung für den Zeitraum ab 02.12.2019 wurde von der Beschwerdeführerin nicht übermittelt.

Mit Schreiben vom 12.12.2019 wurde im vorliegenden Kündigungsverfahren ein schriftliches Parteiengehör eingeräumt und zeit- und termingerecht sowohl der Zentralausschuss bei der Bildungsdirektion für Wien für die Landeslehrer an allgemeinbildenden Pflichtschulen (APS) als auch der Dienststellenausschuss ... gemäß § 9 Abs. 1 lit i Bundes-Personalvertretungsgesetz (PVG) über die

beabsichtigte Kündigung verständigt. Die zweiwöchige Frist im Sinne des § 10 Abs 1 PVG endete mit 02.01.2020.

Mit Schriftsatz vom 19.12.2019 nahm die Beschwerdeführerin durch ihren Rechtsvertreter Stellung und wies insbesondere darauf hin, dass der Kündigungsgrund des § 9 Abs. 4 Z 1 LDG (Mangel der erforderlichen gesundheitlichen Eignung) nicht vorliege würde und beantragte die Feststellung des Eintrittes der Definitivstellung. Darüber hinaus wurde die Einholung eines neurologisch-psychiatrischen Gutachtens beantragt.

Sodann erging der angefochtene Bescheid.

Die Beschwerdeführerin leidet an einer Anpassungsstörung. Bei einer Anpassungsstörung handelt es sich um keine schwerste psychiatrische Erkrankung und ist mit dieser eine Arbeitsfähigkeit gegeben. Im Zuge des Beschwerdebildes können bessere und schlechtere Tage auftreten, die möglicherweise einzelne Krankenstandstage gerechtfertigt hätten, das Zustandsbild bedingt jedoch keine Dienstunfähigkeit und war die Beschwerdeführerin im Zeitraum 09.01.2018 bis laufend dienstfähig. Eine Veränderung der Diagnose oder des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin hat in diesem Zeitraum nicht stattgefunden.

Diese Feststellungen konnten aus dem diesbezüglich unbedenklichen Akteninhalt getroffen werden.

Insbesondere konnte die Feststellung der Dienstfähigkeit der Beschwerdeführerin aus den amtsärztlichen Gutachten vom 02.10.2018, 14.12.2018, 20.03.2019 und 31.10.2019 sowie dem neurologisch/psychiatrischen Gutachten der gerichtlich beeideten Sachverständigen, welches in der Verhandlung ergänzt und erörtert wurde, getroffen werden.

Die Feststellung, dass die Krankmeldung am 07.01.2019 via Whats-App-Nachricht an die Vorgesetzte erstattet wurde und von dieser zur Kenntnis genommen wurde, ergibt sich aus der Einsicht in das Mobiltelefon der Beschwerdeführerin im Rahmen der Verhandlung.

Die Feststellung, dass eine neuerliche Bekanntgabe des Krankenstandes zum Zeitpunkt 02.12.2019 sowie das Übermitteln einer ärztlichen Bestätigung unterblieb, ergibt sich aus dem Akteninhalt und wurde im Übrigen auch in der Verhandlung nicht bestritten.

Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen Rechtsvorschriften des Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz – LDG 1984, BGBl. Nr. 302/1984 idgF lauten:

## Ernennungserfordernisse

## § 4.

(1) Allgemeine Ernennungserfordernisse sind

1. die österreichische Staatsbürgerschaft oder unbeschränkter Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt,
2. die volle Handlungsfähigkeit,
3. die persönliche und fachliche Eignung für die Erfüllung der Aufgaben, die mit der vorgesehenen Verwendung verbunden sind, und
4. ein Lebensalter von mindestens 18 Jahren beim Eintritt in den Landesdienst.

(2) Das Erfordernis der fachlichen Eignung gemäß Abs. 1 Z 3 umfaßt auch die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift. Bei Verwendungen, für deren Ausübung die Beherrschung der deutschen Sprache in geringerem Umfang genügt, ist ihre Beherrschung in dem für diese Verwendung erforderlichen Ausmaß nachzuweisen.

(Anm.: Abs. 3 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 140/2011)

(4) Die besonderen Ernennungserfordernisse werden durch die Anlage zu diesem Bundesgesetz geregelt.

(5) Voraussetzung für die Ernennung zum Landeslehrer ist eine Bewerbung.

## Provisorisches Dienstverhältnis

## § 9.

(1) Das Dienstverhältnis ist zunächst provisorisch.

(2) Das provisorische Dienstverhältnis kann mit Bescheid gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt während der ersten sechs Monate des Dienstverhältnisses

(Probezeit).....	einen Kalendermonat,
nach Ablauf der Probezeit.....	zwei Kalendermonate
und nach Vollendung des zweiten Dienstjahres.....	drei Kalendermonate.

Die Kündigungsfrist hat mit Ablauf eines Kalendermonates zu enden.

(3) Während der Probezeit ist die Kündigung ohne Angabe von Gründen, später nur mit Angabe des Grundes möglich. Auf den Landeslehrer, der unmittelbar vor Beginn des Dienstverhältnisses mindestens ein Jahr in einem vertraglichen Dienstverhältnis zum Land im Lehrer- beziehungsweise Erzieherdienst zugebracht hat, sind die Bestimmungen über die Probezeit nicht anzuwenden.

(4) Kündigungsgründe sind insbesondere:

1. Mangel der für die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben erforderlichen gesundheitlichen Eignung,
2. unbefriedigender Arbeitserfolg,
3. pflichtwidriges Verhalten,
4. Bedarfsmangel.

(5) Der Leiter hat über den provisorischen Landeslehrer vor der Definitivstellung zu berichten, ob der Landeslehrer den Arbeitserfolg aufweist, der im Hinblick auf seine dienstliche Stellung zu erwarten ist. Dieser Bericht ist dem provisorischen Landeslehrer nachweislich zur Kenntnis zu bringen.

Definitives Dienstverhältnis

§ 10.

(1) Das Dienstverhältnis wird auf Antrag des Landeslehrers definitiv, wenn er die Ernennungserfordernisse erfüllt und eine Dienstzeit von sechs Jahren im provisorischen Dienstverhältnis vollendet hat. Der Eintritt der Definitivstellung ist mit Bescheid festzustellen.

(2) Die Definitivstellung wird durch eine Beeinträchtigung der persönlichen Eignung des Landeslehrers nicht gehindert, wenn diese Beeinträchtigung auf Grund eines Dienstunfalles eingetreten ist, den der Landeslehrer nach einer Dauer des provisorischen Dienstverhältnisses von vier Jahren erlitten hat.

(3) In die Zeit des provisorischen Dienstverhältnisses können Zeiten

1. eines Dienstverhältnis nach § 12 Abs. 2 Z 1 oder 2 des Gehaltsgesetzes 1956 – GehG, BGBl. Nr. 54/1956, oder
2. einer einschlägigen Berufstätigkeit oder eines einschlägigen Verwaltungspraktikums nach § 12 Abs. 3 GehG

ganz oder zum Teil, im Fall der Z 2 bis zum Höchstausmaß von zwei Jahren, eingerechnet werden, soweit sie zur Gänze als Vordienstzeiten auf das Besoldungsdienstalter angerechnet worden sind. Diese Einrechnung wird auch für die in Abs. 2 angeführte Frist von vier Jahren wirksam.

(4) Bei der Einrechnung nach Abs. 3 ist auf die bisherige Berufslaufbahn im Hinblick auf die vorgesehene Verwendung des Landeslehrers Bedacht zu nehmen.

(5) Die Wirkung des Abs. 1 tritt während eines Disziplinarverfahrens und bis zu drei Monate nach dessen rechtskräftigem Abschluß nicht ein. Wird jedoch das Disziplinarverfahren eingestellt oder der Landeslehrer freigesprochen, tritt die Wirkung des Abs. 1 rückwirkend ein. Im Falle eines Schuldspruches ohne Strafe kann mit Bescheid festgestellt werden, daß die Wirkung des Abs. 1 rückwirkend eintritt, wenn

1. die Schuld des Landeslehrers gering ist,
2. die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat und
3. keine dienstlichen Interessen entgegenstehen.

(6) Endet das Disziplinarverfahren anders als durch Einstellung, Freispruch oder Schuldspruch ohne Strafe und sind außerdem die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt, kann die landesgesetzlich dazu berufene Behörde aus berücksichtigungswürdigen Gründen schon während des dreimonatigen Zeitraumes eine Definitivstellung vornehmen.

(7) Im Falle der Ernennung unmittelbar nach dem Ausscheiden aus dem öffentlich-rechtlichen Landeslehrerdienstverhältnis zu einem anderen Land bleibt eine bereits erlangte Definitivstellung gemäß Abs. 1 gewahrt; ebenso ist die im provisorischen Dienstverhältnis beim abgebenden Land zurückgelegte Dienstzeit in die provisorische Dienstzeit beim übernehmenden Land im Sinne des Abs. 3 einzurechnen.

#### Abwesenheit vom Dienst

§ 35. (1) Der Landeslehrer, der vom Dienst abwesend ist, ohne vom Dienst befreit oder enthoben zu sein, hat den Grund seiner Abwesenheit unverzüglich zu melden und seine Abwesenheit zu rechtfertigen.

(2) Ist der Landeslehrer durch Krankheit, Unfall oder Gebrechen an der Ausübung seines Dienstes verhindert, so hat er eine ärztliche Bescheinigung über den Beginn seiner Krankheit und nach Möglichkeit über die voraussichtliche Dauer der Dienstverhinderung vorzulegen, wenn er dem Dienst länger als drei Arbeitstage fernbleibt oder die Dienstbehörde es verlangt. Kommt der Landeslehrer dieser Verpflichtung nicht nach, entzieht er sich einer zumutbaren Krankenbehandlung oder verweigert er die zumutbare Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung, so gilt die Abwesenheit vom Dienst nicht als gerechtfertigt.

#### Rechtliche Beurteilung:

Die Frage der Definitivstellung des Dienstverhältnisses gemäß § 10 LDG ist dem Kündigungsausspruch logisch vorgelagert, da die Kündigung im gemäß § 9 LDG jedenfalls, aus den dort angeführten Gründen, nur im Rahmen eines provisorischen Dienstverhältnisses rechtlich zulässig ist, weshalb dem sinngemäß gleichlautenden Bescheid eine inhaltliche Bestätigung unter der Maßgabe der im Spruch durchgeführten Änderungen beschieden war.

Der VwGH judizierte richtungsweisend in seinem Erkenntnis vom 20.05.1992, GZ 87/12/0076 zu den inhaltlich gleichen Bestimmungen des BDG 1979, dass auch Sachverhalte, die einen Kündigungstatbestand nach § 10 Abs. 4 Z. 3 und 4 BDG 1979 (dem entsprechend § 9 LDG) erfüllen, ein gesetzliches Hindernis



für das Definitivwerden des Dienstverhältnisses (arg.: „Ernennungserfordernisse“ im § 11 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 BDG 1979 – dem entsprechend § 10 LDG) bilden, sofern sie zu dem für den Eintritt der Definitivstellung maßgeblichen Zeitpunkt 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, ZI. 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, ZI. 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, ZI. 91/12/0148)

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

Im gegenständlichen Fall liegt ein pflichtwidriges Verhalten der Beschwerdeführerin vor. Die Beschwerdeführerin hat, trotz einer Aufforderung zum Dienstantritt für 02.12.2019 dieser keine Folge geleistet. Eine neuerliche Meldung und Rechtfertigung im Sinne des § 35 Abs. 1 LDG unterblieb. Es lag aber auch keine Dienstverhinderung durch Krankheit im Sinne des § 35 Abs. 2 LDG vor, da Dienstfähigkeit der Beschwerdeführerin bestand.

Der Nichtantritt des Dienstes trotz Dienstfähigkeit stellt ein pflichtwidriges Verhalten dar. Darüber hinaus wurde von der Beschwerdeführerin seit 09.01.2018 auch wohl kein (befriedigender) Arbeitserfolg i.S. des § 9 Abs. 4 Z 2 LDG erbracht.

§ 9 Abs. 4 LDG enthält nur eine demonstrative Aufzählung der Kündigungsgründe. Die Einrichtung des provisorischen Dienstverhältnisses verfolgt den Zweck, den Beamten auf seine Eignung für den Dienst zu prüfen und nur jene Beamte in das (unkündbare) 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 (so einmal mehr VwGH vom 22.11.2000, 2000/12/0236). Entscheidend für den Eintritt der Definitivstellung des Dienstverhältnisses ist somit nicht alleine die Antragstellung, sondern, ob zum Zeitpunkt der Antragstellung, die Voraussetzungen für die Definitivstellung vorliegen. Die Dienstbehörde ist berechtigt, im Hinblick auf eine während des provisorischen Dienstverhältnisses gesetzte, nicht bloß geringfügige Verfehlung, die als Kündigungsgrund 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 (VwGH 20.05.1992, 87/12/0076).

Gemäß § 10 Abs. 1 LDG ist bei Vorliegen der Voraussetzungen auf Antrag des Dienstnehmers bei Erfüllung der Ernennungsvoraussetzungen der Eintritt der Definitivstellung mit Bescheid festzustellen (und nicht etwa der Antrag abzuweisen, VwGH vom 20.05.1992, 87/12/0076), weshalb im Spruch festzustellen war, dass die Definitivstellung nicht eingetreten ist.

Hinsichtlich der ausgesprochenen Kündigung wird ausgeführt:

Den Feststellungen entsprechend erfolgte der geplante Dienstantritt für 07.01.2019 und 02.12.2019 trotz vorliegender Dienstfähigkeit nicht. Bezüglich des 02.12.2019 erfolgte auch keine Meldung an die Dienstbehörde oder die Vorgesetzte und wurde von der Beschwerdeführerin auch keine ärztliche Bescheinigung vorgelegt. Diese Abwesenheit vom Dienst ist jedenfalls gemäß § 35 Abs. 1 LDG auf Grund der fehlenden Meldung als nicht gerechtfertigt anzusehen. Weiters lag nach den getroffenen Feststellungen Dienstfähigkeit vor. Das Nichterscheinen zum Dienst trotz Dienstfähigkeit begründet für sich alleine schon ein pflichtwidriges Verhalten.

Dem LDG ist eine gesetzliche Regelung wie etwa in § 31 Abs. 2 Dienstordnung-DO 1994, wonach nach der Feststellung der Dienstfähigkeit durch einen Amtsarzt eine innerhalb der nächsten vier Monate eintretende Dienstverhinderung wegen Krankheit nur durch den Amtsarzt bescheinigt werden kann, nicht zu entnehmen.

Der Vollständigkeithalber wird jedoch auf die gesicherte Judikatur des VwGH, wie lange ein Dienstnehmer auf die Richtigkeit einer ärztlichen Bescheinigung vertrauen kann, verwiesen. Erneut wurde klargestellt, dass es sich beim Begriff der Dienstfähigkeit um einen Rechtsbegriff handelt, dessen rechtliche Beurteilung der Dienstbehörde unterliegt. Die Vorlage einer ärztlichen Bestätigung oder Bescheinigung über eine Krankheit oder die Arbeitsunfähigkeit rechtfertigt an sich noch nicht die Abwesenheit vom Dienst. Es führt nämlich nicht jede von einem behandelnden Arzt bescheinigte „Krankheit“ bzw. bloß die Vorlage ärztlicher Bescheinigungen dazu, dass deshalb eine gerechtfertigte

Abwesenheit des Beamten vom Dienst vorgelegen ist. Es entspricht zudem der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Dienstrecht der Bundesbeamten, dass ein Beamter grundsätzlich so lange auf die vorgelegte ärztliche Bescheinigung vertrauen und von einer gerechtfertigten Dienstverhinderung - durch Krankheit, Unfall oder Gebrechen - ausgehen darf, bis ihm die Dienstbehörde Entgegenstehendes nachweislich mitteilt. Unter "Entgegenstehendes" ist in diesem Zusammenhang eine medizinische Beurteilung gemeint, die jener des privat beigezogenen Arztes entgegensteht. Das Vertrauen auf die ärztliche Bescheinigung und damit auf eine Rechtfertigung der Dienstverhinderung ist dann nicht geeignet, einen ausreichenden Entschuldigungsgrund herzustellen, wenn der Beamte auf Grund besonderer Umstände keinesfalls mehr auf die Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung und somit auf das Vorliegen einer Rechtfertigung für die Dienstverhinderung vertrauen durfte (siehe erneut VwGH, 30.01.2019, Ra 2018/12/0007).

Wenn nun im Beschwerdeverfahren eingewandt wird, dass das amtsärztliche Gutachten vom 31.10.2019 nicht mehr aktuell gewesen sei, so muss dem entgegnet werden, dass sich weder die Diagnose noch der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin seit Beginn des Krankenstandes am 09.01.2018 geändert haben.

Für die Frage, ob auf die vorgelegten ärztlichen Bestätigungen berechtigter Weise vertraut werden durfte, ist nicht maßgeblich, wann jeweils aus Anlass der Krankmeldungen weitere amtsärztliche Untersuchungen stattfanden. Vielmehr ist für die Beurteilung dieser Frage entscheidend, ob die her vor Beginn der jeweiligen Krankenstände erfolgten amtsärztlichen Einschätzungen schon von Beginn an das Entstehen eines geschützten Vertrauens auf die vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbestätigungen hinderten, weil die jeweils vorangegangene amtsärztliche Einschätzung bei Meldungen der neuerlichen Dienstverhinderung als noch ausreichend aktuell und auch aus dem Blickwinkel eines medizinischen Laien als noch hinreichend aussagekräftig zu qualifizieren war (VwGH 30.01.2019, Ra 2018/12/0007).

Im vorliegenden Fall wurden vier amtsärztliche Gutachten erstattet, deren Inhalt der Beschwerdeführerin vertraut waren und die deren Dienstfähigkeit bestätigten, weshalb besondere Umstände vorlagen auf Grund derer die Beschwerdeführerin keinesfalls mehr auf die Richtigkeit der ärztlichen Bestätigung und somit auf das Vorliegen einer Rechtfertigung für die Dienstverhinderung vertrauen durfte, zumal sich ihre Erkrankung und auch der Gesundheitszustand nicht geändert haben.

Auf Grund des Verhaltens der Beschwerdeführerin wurde daher auch der Kündigungsgrund des pflichtwidrigen Verhaltens im Sinne des § 9 Abs. 4 Z 3 LDG verwirklicht, weshalb die Kündigung, unter Einhaltung der gesetzten

Formalisten, zeit- und termingerecht zur Recht erfolgte und daher spruchgemäß zu entscheiden war.

Von der Einholung weiterer Gutachten – insbesondere eines berufskundlichen Gutachtens - konnte Abstand genommen werden, da dies nach der Auskunft der Sachverständigen nicht erforderlich ist und zur Klärung der Rechtsfrage der Dienstfähigkeit kein weiterer Aufschluss davon erwartet werden kann, da diese festgestellt wurde.

Zu B.

Gemäß § 76 AVG iVm § 17 VwGGV sind der Beschwerdeführerin die dem Verwaltungsgericht Wien erwachsenen Barauslagen (Sachverständigengebühren), die auch nicht durch ein Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht wurden (vgl. § 76 Abs. 2 erster Satz AVG), aufzuerlegen.

Die Kosten für die Erstattung des Gutachtens wurde mit Kostenbeschlusses zur Zahl ... vom 07.09.2020 in Höhe von EUR 837,40 festgesetzt. Die Kosten für die Teilnahme der Sachverständigen an der öffentlichen mündlichen Verhandlung inklusive Gutachtenserörterung am 20.11.2020 wurden mit Kostenbeschluss vom 30.11.2020, Zahl ... in Höhe von EUR 1.274,10 bestimmt und sind diese spruchgemäß der Beschwerdeführerin aufzuerlegen gewesen.

Zur Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist unzulässig da keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt (VwGH vom 30.01.2019, RA 2018/12/0007). Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der Rechtsprechung des VwGH ab, noch ist eine solche uneinheitlich oder fehlt etwa zur Gänze.

### Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die

Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Gründel