jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2005/12/19 2000/12/0240

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 19.12.2005

Index

L10104 Stadtrecht Oberösterreich;
L24004 Gemeindebedienstete Oberösterreich;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
40/01 Verwaltungsverfahren;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

Norm

AVG §18 Abs4;
AVG §56;
AVG §58;
AZG §9 Abs1;
BDG 1979 §43 Abs1 impl;
BDG 1979 §56 Abs2 impl;
BDG 1979 §56 impl;
B-VG Art130 Abs2;
Statut Linz 1992 §7 Z5;
Statut Linz 1992 §7;
StGdBG OÖ 1956 §21 Abs1;
StGdBG OÖ 1956 §24 Abs1;
StGdBG OÖ 1956 §24 Abs2;
StGdBG OÖ 1956 §24;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident DDr. Jakusch sowie Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Schick und Dr. Hinterwirth als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Lamprecht, über die Beschwerde des H in L, vertreten durch Dr. Axel Zaglits, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Schmidtorstraße 8, gegen den Bescheid des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz, zuständiges Mitglied, vom 10. Juli 2000, Zl. 001-5-6/5, betreffend Untersagung einer Nebenbeschäftigung nach § 24 Abs. 2 des Oö. Statutargemeinden-Beamtengesetzes , zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat der Landeshauptstadt Linz Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der 1969 geborene Beschwerdeführer steht seit 1. Jänner 1996 in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Landeshauptstadt Linz. Seine Dienststelle ist das Gartenbauamt.

Von 1. September 1984 bis 31. August 1987 absolvierte der Beschwerdeführer die Gärtnerlehre beim Magistrat der Landeshauptstadt Linz und war bis zum 30. November 1991 als Vertragsarbeiter (Gärtner) im Gartenamt beschäftigt. Nach Absolvierung der Gärtnermeisterprüfung am 6. März 1991 wurde der Beschwerdeführer ab 1. Dezember 1991 als Gartenmeister im Bereich der Baumschule T des Gartenamtes eingesetzt, wo er ab 1. Juni 1994 auch die Funktion eines Obergärtners bekleidete. Aufgrund einer Disziplinaranzeige und eines gegen den Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides anhängigen Disziplinarverfahrens wurde er mit Wirkung vom 18. April 1997 als Leiter der Baumschule T abgezogen und als Gartenarbeiter in der Arbeitspartie P eingesetzt. Am 24. Juni 1998 erfolgte eine neuerliche Versetzung des Beschwerdeführers in die Forstpartie des Gartenamtes, wo er seither als Forstarbeiter tätig ist.

Am 29. August 1990 brachte der Beschwerdeführer erstmals eine Nebenbeschäftigungsmeldung über die Tätigkeit als Marktfahrer (mit Gewerbeschein) bei, welche den Verkauf von Lebensmitteln sowie Textilien umfasste und im Raum Oberösterreich selbstständig und in der Dauer von 7 Stunden wöchentlich an Wochenenden sowie fallweise an Sonn- und Feiertagen ausgeübt werden sollte. Diese Nebenbeschäftigungsmeldung wurde von den zuständigen Organen mit 30. August 1990 zur Kenntnis genommen.

Am 12. Jänner 1993 legte der Beschwerdeführer eine weitere Nebenbeschäftigungsmeldung, betreffend die Betreuung und Pflege von Hausgärten in Linz und Umgebung, welche unselbstständig im Ausmaß von 12 Stunden wöchentlich in der Freizeit an Werktagen ausgeübt werden sollte, vor. Da die zuständige Sachbearbeiterin des Organisationsamtes irrtümlich davon ausging, dass der Beschwerdeführer die Nebenbeschäftigung als Marktfahrer bereits aufgegeben hatte, leitete sie die Nebenbeschäftigungsmeldung an den für eine eventuelle Untersagung endzuständigen Präsidialdirektor mit der Bemerkung weiter, dass dagegen kein Einwand bestünde. In der Folge wurde die Nebenbeschäftigungsmeldung vom 12. Jänner 1993 vom Präsidialdirektor formlos zur Kenntnis genommen.

Am 23. Februar 1995 wurde die letztgenannte Nebenbeschäftigungsmeldung dahingehend modifiziert, dass nunmehr nicht mehr auf die unselbstständige Betreuung und Pflege von Hausgärten abgestellt wurde, sondern auf die selbstständige Pflege und Neuanlage von Gärten, dies jedoch ebenfalls im Ausmaß von 12 Stunden wöchentlich, an Werktagen in der Freizeit, sowie im Urlaub. Auch diese Nebenbeschäftigungsmeldung wurde durch den Präsidialdirektor formlos zur Kenntnis genommen.

Nachdem das Gartenamt aufgefordert wurde, eine umfassende Neuerhebung aller Nebenbeschäftigungen durchzuführen, brachte der Beschwerdeführer mit Formblatt vom 18. Februar 1998 neuerlich eine Nebenbeschäftigungsmeldung über Gartenpflege, Gartengestaltung, Handel, Vorträge und Baumschnitt bei, wobei diese Nebenbeschäftigung selbstständig, im Ausmaß von 19 Stunden wöchentlich an Werktagen, Sonn- und Feiertagen sowie im Urlaub ausgeübt werden sollte. Dieser Nebenbeschäftigungsmeldung waren die bereits 1990 und 1995 gemeldeten und zur Kenntnis genommenen Nebenbeschäftigungen beigeschlossen.

Mit Bescheid des Magistrates der Landeshauptstadt Linz, Baudirektion, vom 17. April 1998 wurde dem Beschwerdeführer die Ausübung der am 18. Februar 1998 gemeldeten Nebenbeschäftigung gemäß § 24 Oö. Statutargemeinden-Beamtengesetz, LGBl. Nr. 37/1956 (im Folgenden: Oö. StGBG) untersagt.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung, welcher mit Bescheid des zuständigen Mitgliedes des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz als Berufungsbehörde stattgegeben und der erstinstanzliche Bescheid behoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde erster Instanz zurückverwiesen wurde. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, die erstinstanzliche Behörde hätte es unterlassen, das gemäß § 11 Abs. 1 lit. 1 iVm § 12 Abs. 1 und 2 des Oö. Gemeinde-Personalvertretungsgesetztes (im Folgenden: Oö. G-PVG) vorgesehene Mitwirkungsrecht der Personalvertretung

insofern aufzugreifen, als die von der Personalvertretung verlangte Beratung über die beabsichtigte Untersagung der Nebenbeschäftigung nicht durchgeführt und der Sachverhalt von der Unterinstanz mangelhaft festgestellt worden sei.

In weiterer Folge holte die erstinstanzlichen Behörde Auszüge aus dem Gewerberegister und Informationen bezüglich der Arbeitszeit des Beschwerdeführers und seiner bisherigen Krankenstände ein. Darüber hinaus übermittelte sie dem Beschwerdeführer einen umfassenden Fragekatalog. Mit Schriftsatz vom 6. April 1999 beantwortete der Beschwerdeführer die ihm gestellten Fragen, wobei er im Wesentlichen ausführte, dass die Bekanntgabe eines exakten Zeitaufwandes seiner einzelnen Tätigkeiten nicht möglich sei, da die einzelnen Tätigkeiten jeweils vom Umfang und der Art des erteilten Auftrages abhängig seien und demzufolge auch für jeden Auftrag verschieden seien, da keine gleichförmige standardisierte Tätigkeit verrichtet werde. Vorträge würden je nach Bedarf über Gartengestaltung, Baumschnitt und ähnliches, jeweils aus seinem Wissensbereich angeboten und durchgeführt. Die von ihm angebotenen Arbeiten seien grundsätzlich nicht saisonbedingt und könnten mit Ausnahme von Zeiten, in welchen der Boden gefroren sei, über das ganze Jahr angeboten und durchgeführt werden. Mit dem seit Jahren genehmigten Zeitausmaß von 19 Stunden habe er bisher immer das Auslangen gefunden und dieses weder wöchentlich noch im Jahresdurchschnitt überschritten. Beeinträchtigungen der notwendigen Erholungsphasen träten nicht ein und auch Beeinträchtigungen der beamtlichen Tätigkeit seien auszuschließen, da sämtliche Arbeiten außerhalb der behördlichen Dienstzeit verrichtet würden. Er verfüge über Gewerbescheine für das Gewerbe des Fieranten, des Blumenbinders und des Gärtners. Darüber hinaus verfüge er über ein Konzessionsdekret für den Handel mit pyrotechnischen Artikeln. Seine Tätigkeit werde in Form einer nicht protokollierten Einzelfirma ausgeübt und er verfüge über zwei hauptberufliche Mitarbeiter. Im Rahmen seiner Nebenbeschäftigung beteilige er sich auch an Ausschreibungen.

Da die erstinstanzliche Behörde beabsichtigte, die vom Beschwerdeführer gemeldete Nebenbeschäftigung nur in einem Umfang von 10 Stunden zur Kenntnis zu nehmen und die Teilnahme des Beschwerdeführers an Ausschreibungen zu untersagen, wurde die Personalvertretung um Abgabe einer Stellungnahme ersucht, wobei sich diese gegen eine Untersagung der Nebenbeschäftigung und für die Durchführung einer Beratung gemäß § 12 Abs. 3 Oö. G-PVG aussprach. In dieser am 28. April 1999 durchgeführten Beratung sprach sich die Personalvertretung für eine Kenntnisnahme der Nebenbeschäftigung im bisher genehmigten Ausmaß aus. Auf Dienstgeberseite wurde hingegen betont, dass die vom Beschwerdeführer ausgeübte Nebenbeschäftigung, die in Form einer Einzelfirma mit zwei Beschäftigten durch 19 Wochenstunden hindurch ausgeübt werde, die Konzentration des Beschwerdeführers auf seine primäre Tätigkeit als Bediensteter des Gartenamtes in der Forstpartie stark beeinträchtigen würde. Da somit keine Übereinstimmung erzielt werden konnte, wurde am 18. Mai 1999 eine Sitzung des Personalbeirates anberaumt, in der sich der Personalbeirat mehrheitlich der Ansicht des Dienstgebers anschloss.

Am 25. Mai 1999 erließ der Magistrat der Landeshauptstadt Linz, Baudirektion, neuerlich einen Bescheid, wobei er die vom Beschwerdeführer am 18. Februar 1998 gemeldete Nebenbeschäftigung gemäß § 24 Oö. StGBG insofern nicht zur Kenntnis nahm und untersagte, als diese Tätigkeiten ein Ausmaß von 10 Stunden überschritten. Ebenso wurde die Teilnahme an Ausschreibungen durch den Beschwerdeführer nicht zur Kenntnis genommen und diese Art der Nebenbeschäftigung untersagt.

Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, die vom Beschwerdeführer in Form einer Einzelfirma mit zwei hauptberuflichen Mitarbeitern mit Beteiligung an Ausschreibungen ausgeübte Nebenbeschäftigung im beantragten Ausmaß müsse als arbeitsintensive zusätzliche Halbtagsbeschäftigung mit großem Organisationsaufwand beurteilt werden. Der für diese Arbeitserledigung erforderliche Zeitaufwand sei nicht exakt steuerbar, sondern von saisonalen Schwankungen und der jeweiligen Auftragslage abhängig, sodass Zeitüberschreitungen des beantragten Ausmaßes nicht ausgeschlossen werden könnten. Unter Bedachtnahme auf die schwere und anstrengende Tätigkeit sowie die am Arbeitsplatz des Beschwerdeführers bestehende Dienstzeitregelung wären im Zusammenhang mit der mit psychischen und physischen Anstrengungen verbundenen Nebenbeschäftigung die für den Beschwerdeführer dringend erforderlichen Erholungsphasen in der verbleibenden Freizeit nicht mehr gegeben. Zudem würde sich durch den mit der Nebenbeschäftigung verbundenen erheblichen Organisationsaufwand und die bei der Teilnahme an Ausschreibungen wiederholt auftretenden Kontakte mit den ausschreibenden Stellen in Anbetracht der vielfach kollidierenden Dienstzeiten häufig die Notwendigkeit ergeben, nebenbeschäftigungswirksame Maßnahmen auch während der Dienstzeit zu setzen bzw. habe diese Organisationsform negative Auswirkungen auf die Konzentration hinsichtlich der Erledigung der Arbeit im Rahmen der eigentlichen dienstlichen Berufstätigkeit. Wie die Krankenstandsberichte des Beschwerdeführers beweisen würden, sei die Tätigkeit in der Forstpartie nicht

ungefährlich; so seien die letzten erheblichen krankheitsbedingten Dienstabsenzen des Beschwerdeführers durch Dienstunfälle hervorgerufen worden. Darüber hinaus sei insbesondere bei der im Rahmen der beantragten Nebenbeschäftigung ausgeübten Beschäftigung des Baumschnitts eine Gefährdung des Beschwerdeführers durch "Verunfallung" mit weiteren negativen Folgen für den Dienstgeber gegeben, sodass sich auch daraus die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der pflichtgemäßen Diensterfüllung ableiten ließe. Durch die Beteiligung an Ausschreibungen (der Stadt Linz) könne darüber hinaus bei beabsichtigter Zuschlagserteilung an den Beschwerdeführer von dessen Mitbewerbern eine Bevorzugung des Beschwerdeführers vermutet werden, insbesondere wenn die Stadt selbst oder ihr nahe stehende Unternehmungen nebenbeschäftigungsspezifische Leistungen in Anspruch nehmen wollten. Die Zurkenntnisnahme der Nebenbeschäftigung beschränkt auf die Dauer von 10 Stunden pro Woche sei mit den dringend benötigten Erholungsphasen begründet und es könne, da der derzeitige Arbeitsplatz des Beschwerdeführers in der Forstpartie ungleich höhere physische Anforderungen an ihn stelle, als dies auf früheren Arbeitsplätzen der Fall gewesen sei, die Nebenbeschäftigung nicht im Ausmaß von 19 Wochenstunden zur Kenntnis genommen werden.

Nach der am 10. Juni 1999 vom Beschwerdeführer dagegen eingebrachten Berufung wurde aufgrund der gerügten Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens eine Ergänzung der Ermittlungen vorgenommen.

So wurden beispielsweise Auskünfte der Firmen Baumschule M., Ing. S. und H. Gartengestaltung bezüglich der Arbeitsbelastung und -auslastung im Bereich der Gartenpflege und -gestaltung eingeholt. Aus diesen Auskünften geht hervor, dass die Gartengestaltung und - pflege primär vom Frühjahr bis Herbst abgewickelt werde, wobei insbesondere die Zeit von April bis Juni als besonders arbeitsintensiv anzusehen sei.

Darüber hinaus wurden dem Beschwerdeführer im Rahmen des Parteiengehörs sämtliche Schriftstücke und Aktenunterlagen des bisherigen Verwaltungsverfahrens vorgehalten und zur Kenntnis gebracht. In diesem Zusammenhang beantragte der Beschwerdeführer auch die Beischaffung der Dienstbeurteilung für den Zeitraum vom 29. April 1995 bis 20. April 1997, über welchen er noch nicht "dienstbeurteilt" worden sei. Im Übrigen modifizierte er seine Nebenbeschäftigungsmeldung vom 18. Februar 1998 dahingehend, dass er sich nicht an Ausschreibungen des Magistrates Linz beteiligen werde, sondern lediglich die Teilnahme an Ausschreibungen sog. "stadtnaher Gesellschaften" beabsichtige. Weiters präzisierte er den Inhalt bzw. Umfang seiner Nebenbeschäftigung insofern, als die Bereiche Gartenpflege, Gartengestaltung und Baumschnitt mit etwa 12 Stunden im wöchentlichen Durchschnitt, welcher wiederum auf das Jahr hochgerechnet wäre, zu veranschlagen seien. Der Handel mit Waren aller Art belaufe sich auf etwa 7 Stunden im wöchentlichen Durchschnitt, wiederum hochgerechnet auf ein Jahr. Dessen ungeachtet gebe es in beiden Bereichen Überschneidungen, da beispielsweise der Handel mit Pflanzen, Topfpflanzen und insbesondere Pflanzenerde selbstverständlich auch im Rahmen des Gartenbetriebes abgewickelt würde. Durch den Baumschnitt allein ergebe sich keine wöchentliche Mehrbelastung über das gemeldete Stundenmaß von 12 Stunden, da der Baumschnitt wiederum einen Teil der Gartenpflege und Gestaltung darstelle. In die angegebenen 19 Wochenstunden seien Vortragstätigkeiten stundenweise nicht eingerechnet, diese Vortragstätigkeit würde sich jedoch im jährlichen Durchschnitt auch nur mit etwa 10 Stunden niederschlagen, woraus ein monatlicher Aufwand von nicht einmal einer zusätzlichen Stunde folge und sich daher im wöchentlichen Durchschnitt nur eine minimale Mehrbelastung ergebe. Es treffe zu, dass im Bereich der Gartenbaubetriebe die Zeit von Frühjahr bis Herbst tatsächlich besonders arbeitsintensiv sei. Dennoch erstrecke sich die Arbeit in einer Gartengestaltungsfirma auf das ganze Jahr, wobei im Winter vor allem die Mehrheit der Planungstätigkeiten und Baumschnitttätigkeiten abgewickelt würde. Die persönliche Belastung könne er durch die Beschäftigung einer gelernten Fachkraft, der sowohl planerische als auch manuelle Tätigkeiten zukämen, sowie die Beschäftigung einer weiteren Hilfskraft für sämtliche manuelle, insbesondere schwere Tätigkeiten, minimieren und das beabsichtigte zeitliche Ausmaß seiner Nebenbeschäftigung einhalten. Ihm kämen nur mehr die Koordination und Planung und natürlich auch die verbleibenden manuellen Tätigkeiten bei der Gartengestaltung und - pflege zu. Auch die Kontrolle der Kalkulation stelle eine wesentlichen Punkt seiner Tätigkeit dar. Bei außergewöhnlichen Belastungen würden Mitglieder der Familie helfend einspringen. Körperliche Einschränkungen weise er nicht auf, Krankenstände würden ausschließlich auf Dienstunfällen beruhen.

In weiterer Folge wurde von der Berufungsbehörde ein amtsärztliches Gutachten eingeholt, wobei durch den Sachverständigen festgestellt werden sollte, welche Verletzungen der Dienstunfall des Beschwerdeführers vom 16. September 1998 (der Beschwerdeführer zog sich einen Dorn in das rechte Knie ein) nach sich gezogen hätte und ob dadurch eine Minderung der Erwerbsfähigkeit eingetreten sei.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid des zuständigen Mitgliedes des Stadtsenates der Landeshauptstadt Linz

als Berufungsbehörde wurde der Berufung des Beschwerdeführers dahin Folge gegeben, dass die Teilnahme an Ausschreibungen sog. stadtnaher Gesellschaften zur Kenntnis genommen wurde und insofern der erstinstanzliche Bescheid abgeändert wurde. Im Übrigen wurde der Berufung jedoch keine Folge gegeben und der erstinstanzliche Bescheid, mit welchem die Ausübung der Nebenbeschäftigung nur im Ausmaß von 10 Wochenstunden zur Kenntnis genommen und im übrigen Ausmaß (von weiteren neun Stunden) untersagt worden sei, bestätigt.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens stehe fest, dass der Beschwerdeführer seit 24. Juni 1998 im Gartenamt bei der Arbeitspartie Forst als Forstarbeiter eingesetzt sei, wobei seine Tätigkeit in laufenden forstlichen Pflegearbeiten in den stadteigenen Wäldern, Aufforstungen, Schlägerungsarbeiten, Aufarbeitung des gewonnenen Holzes, forstliche Wegeinstandhaltung bestehe und dem Beschwerdeführer laut Arbeitsplatzbeschreibung keinerlei Weisungsbefugnis zukomme. Die Partie Forst erhalte in den Wintermonaten Hilfe von diversen anderen Partien, sei jedoch von März bis November alleine für über 547 ha Wald zuständig und stets mit ihren Tätigkeiten in Verzug. Es gebe keine einzelnen Arbeitsspitzen, jedoch eine sehr auslastungsstarke Arbeitsspanne während der gesamten Vegetationsperiode. Überstunden fielen ungeachtet der hohen Arbeitsauslastung weder bei der Forstpartie insgesamt noch bei einzelnen Mitarbeitern noch beim Beschwerdeführer selbst an. Die wöchentliche Dienstzeit der Forstpartie sei mit Montag bis Donnerstag von 6.30 - 12.00 Uhr und von 12.30 - 15.30 Uhr, sowie Freitag von 6.30 - 12.00 Uhr festgelegt worden. Die Dienstleistung des Beschwerdeführers sei im Zeitraum von 28. November 1989 bis 27. April 1995 und vom 21. April 1997 bis 31. Dezember 1998 mit dem Gesamtkalkül "sehr gut" ausgewiesen. Der Zeitraum von 29. April 1995 bis 20. April 1997 sei unbeurteilt geblieben. Gegen den Beschwerdeführer sei am 17. Oktober 1997 Disziplinaranzeige erstattet und in weiterer Folge ein Disziplinarverfahren eingeleitet und durchgeführt worden. In diesem Disziplinarverfahren sei der Beschwerdeführer von der Disziplinarkommission in mehreren Punkten schuldig gesprochen worden. So habe der Beschwerdeführer die am 23. Februar 1995 gemeldete Nebenbeschäftigung über das gemeldete und zur Kenntnis genommene Ausmaß von 12 Stunden wöchentlich hinaus ausgeübt und ihm (in seiner damaligen Verwendung) originär unterstehende Aufsichtsbereiche (Arboretum, Baumschule, Kompost- und Erdlagerplatz) vernachlässigt. Im Rechtsmittelverfahren sei dieses Disziplinarerkenntnis jedoch ersatzlos behoben und die Angelegenheit zur neuerlichen Entscheidung an die Disziplinarbehörde erster Instanz zurückverwiesen worden. Gegen diese Entscheidung habe der Disziplinaranwalt Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingebracht, wo die gegenständliche Angelegenheit noch anhängig sei.(Anmerkung: Mit Erkenntnis vom 21. Juni 2000, Zl. 99/09/0012, wurde der obgenannte Bescheid der Disziplinaroberkommission wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben). Laut dem eingeholten amtsärztlichen Gutachten vom 20. Dezember 1999 liege beim Beschwerdeführer kein bescheidmäßig festgestellter Grad der Behinderung vor. Vier bisher erlittene Dienstunfälle, bei denen sich der Beschwerdeführer im September 1992 den Trapezmuskel gezerrt, im Februar 1998 einen Nagel in die rechte Fußsohle eingetreten, im September 1998 einen Dorn in das rechte Knie eingezogen sowie im Mai 1999 bei einem PKW-Unfall den linken Zeigefinger geprellt habe, seien mit Ausnahme der damit in Zusammenhang stehenden Krankenstände ohne weitere körperliche Beeinträchtigung für den Beschwerdeführer und sohin in weiterer Folge auch nicht nachteilig für den Dienstgeber geblieben. Ebenso verhalte es sich mit einer im Oktober 1999 erlittenen Hornhautverletzung des rechten Auges durch einen zurückschlagenden Fichtenzweig, wobei es sich jedoch nicht um einen Dienstunfall gehandelt habe. Lediglich hinsichtlich der angeführten Knieverletzung bestünden beim Beschwerdeführer selten auftretende, stichartige Schmerzen, die jedoch die Funktion des Kniegelenks nicht beeinträchtigten. Im amtsärztlichen Gutachten sei jedoch hervor gekommen, dass der Beschwerdeführer an einem Hypermobilitätssyndrom (Gelenksschlaffheit) mit Mitralklappenprolaps (Herzklappenfehler), jedoch ohne funktionelle Einschränkungen, einer Stresshypertonie ohne Endorganschädigung sowie an Untergewichtigkeit leide. Darüber hinaus sei der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben vor der Amtsärztin einmal im Jahr 1998 mit Krämpfen anlässlich einer Stirnhöhlenpunktation und erneut bei einer solchen Behandlung mit kurzzeitigen Krämpfen im Juli 1999 kollabiert.. Wegen des Herzklappenfehlers befinde sich der Beschwerdeführer außerdem in regelmäßiger kardiologischer Kontrolle. Fest stehe weiters, dass Firmen, die mit Gartenbau, - pflege, und -gestaltung beschäftigt seien, zwischen März bis November eines Jahres im Vergleich zum übrigen Jahr überdurchschnittlich ausgelastet seien, wobei insbesondere die Zeit zwischen März bis Mitte Juni (Pflanzzeit) als besonders arbeitsintensiv anzusehen sei. Die Tätigkeit von Gartenbaubetrieben sei somit von saisonalen Schwankungen und der jeweiligen Auftragslage abhängig.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass es für die Untersagung nach § 24 Abs. 2 letzter Satz Oö. StGBG nicht wesentlich sei, ob die pflichtgemäße Erfüllung des Dienstes durch die beabsichtigte

Nebenbeschäftigung tatsächlich beeinträchtigt oder behindert werde (im Sinne einer tatsächlich eingetretenen und nachweisbaren Behinderung), sondern bereits die Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung (arg.:

"Nebenbeschäftigungen, die die pflichtgemäße Erfüllung beeinträchtigen könnten") für die Untersagung ausreiche. Der Beschwerdeführer sei mit Disziplinarerkenntnis vom 15. Mai 1998 schuldig gesprochen worden, seinen Dienstpflichten gemäß § 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 2 Oö. StGBG iVm § 48 Abs. 2 der Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: GEOM) zuwidergehandelt zu haben, indem er die zur Kenntnis genommene Nebenbeschäftigung der "Pflege und Neuanlage von Gärten" über das mit 23. Februar 1995 gemeldete Ausmaß des Zeitaufwandes von zwölf Stunden wöchentlich hinaus ausgeübt hätte. Dieser Schuldspruch sei jedoch mit Erkenntnis der Disziplinaroberkommission aufgehoben worden und beziehe sich auf Zeiten, in welchen der Berufungswerber noch als Gärtnermeister im Bereich der Baumschule eingesetzt gewesen sei, nicht jedoch auf seine derzeitige Verwendung als Forstarbeiter. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung sei aber auf den tatsächlich innegehabten Arbeitsplatz und nicht etwa auf Verwendungen oder mögliche Dienstleistungen in der Vergangenheit abzustellen. Allein aus dem Umstand, dass in der Vergangenheit Beeinträchtigungen der pflichtgemäßen Diensterfüllung beobachtet worden seien, könne nicht der Schluss auf mögliche Beeinträchtigungen der pflichtgemäßen Diensterfüllung am nunmehrigen Arbeitsplatz gezogen werden, vor allem angesichts der absoluten Unvergleichbarkeit des ehemaligen Arbeitsplatzes als Obergärtner in der Baumschule mit jenem in der Forstpartie.

Negative Rückwirkungen im Sinne einer möglichen Beeinträchtigung der pflichtgemäßen Diensterfüllung könnten sich jedoch insbesondere aus dem Umfang der Nebenbeschäftigung ergeben. Die vom Beschwerdeführer ausgeübte Nebenbeschäftigung komme in ihrem Ausmaß von 19 Wochenstunden im Jahresdurchschnitt beinahe einer zusätzlichen Halbtagsbeschäftigung gleich. In Verbindung mit einer 40-stündigen regelmäßigen Wochendienstzeit als Forstarbeiter ergebe sich sohin eine wöchentliche zeitliche Durchschnittsbelastung des Beschwerdeführers von 59 Stunden als unbefristete Dauerbelastung. Dazu kämen Schwankungen, wie sie sich insbesondere durch saisonal bedingte Belastungsspitzen vor allem in der Zeit von März bis Herbst eines Jahres, und hier wieder besonders von März bis etwa Mitte Juni (Pflanzzeit), ergäben. Diese Zeiten seien als besonders arbeitsintensiv zu bewerten. Das hieße jedoch, dass insbesondere in dieser Zeit auch eine über das Ausmaß von 19 Wochenstunden hinausgehende zusätzliche Belastung des Beschwerdeführers im Rahmen seiner Nebenbeschäftigung neben seiner angestammten Tätigkeit bei der Forstpartie nicht nur auftreten könnte, sondern definitiv auftreten werde. Sowohl diese Arbeitsspitzen als auch die durchschnittliche jährliche Dauerbelastung bedinge, dass der Beschwerdeführer nicht nur Freizeit an Werktagen für die Nebenbeschäftigung aufwenden, sondern auch Sonn- und Feiertage sowie Erholungsurlaub in Anspruch nehmen müsse. Durch die massive Inanspruchnahme des Beschwerdeführers bereits durch seine Hauptbeschäftigung in der Forstpartie - die dort vom Beschwerdeführer tatsächlich und konkret zu verrichtenden Tätigkeiten seien objektiv betrachtet in jeder Weise als körperlich überaus anspruchsvoll anzusehen - komme jedoch gerade den notwendigen Erholungsphasen maßgebende Bedeutung zu. Dies umso mehr, als beispielsweise etwa Schlägerungsarbeiten in Wäldern besonders gefahrengeneigte Tätigkeiten darstellen, die entsprechend ausgeruhte und damit auch konzentrierte Mitarbeiter voraussetzten, um Arbeitsunfälle zu verhindern. Diese notwendigen Erholungsphasen würden aber durch die gegenständliche Nebenbeschäftigung im gemeldeten Ausmaß in einem Maße verkürzt bzw. wären nicht mehr ausreichend gewährleistet, insbesondere wenn die Nebenbeschäftigung an Sonn- und Feiertagen und auch im Urlaub ausgeübt werden solle, sohin in Zeiten, die gerade eben der Erholung (arg. "Erholungsurlaub") dienten. Schließlich ergebe sich aus § 21 Abs. 1 Oö. StGBG, wonach der Beamte seine volle Kraft dem Dienst zu widmen habe iVm § 24 Abs. 1 Oö. StGBG, der Beeinträchtigungen der pflichtgemäßen Diensterfüllung hintanzuhalten beabsichtigt, sowie der allgemeinen Treuepflicht des Beamten der eindeutige Vorrang der Hauptbeschäftigung vor der Nebenbeschäftigung und es lasse sich daraus weiters ableiten, dass die Freizeit des Beamten in erster Linie dessen Erholung und damit auch der Erhaltung der vollen Arbeitsfähigkeit dienen solle, wie es dem Dienstrecht - und damit den vorangeführten Bestimmungen - allgemein zukomme, die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes zu gewährleisten. Nicht nur aus diesen Gründen, sondern auch angesichts des amtsärztlichen Gutachtens vom 20. Dezember 1999, wonach beim Beschwerdeführer ein Herzklappenfehler sowie eine Stresshypertonie bekannt sei, müsste eine Reduktion des Ausmaßes der Nebenbeschäftigung um neun Stunden erfolgen, schon alleine um eine halbwegs ausreichende Ruhepause nach Arbeitsschluss zu sichern. Auch wenn jedoch weder dieser Herzklappenfehler noch die Stresshypertonie derzeit Arbeits- oder körperliche Funktionseinschränkungen beim Beschwerdeführer bewirkten, könne bei einer so dauerhaften und auch dadurch

körperlich substantiell zehrenden Mehrbelastung des Beschwerdeführers, wie sie durch die gegenständliche Nebenbeschäftigung mit der ohnedies physisch anstrengenden Tätigkeit als Forstarbeiter (wozu unmittelbar auf die körperliche Befindlichkeit der primär in der freien Natur eingesetzten Forstarbeiter einwirkende Elemente wie Kälte, Hitze und Niederschlag hinzuträten) gegeben sei und die durch Arbeitsspitzen im Bereich der Nebenbeschäftigung noch zeitweise verschärft werde, eine physische Überforderung - insbesondere auf Dauer gesehen - nicht ausgeschlossen werden. Zudem könne nicht übersehen werden, dass sich der Beschwerdeführer wegen seines Herzklappenfehlers in kardiologischer Kontrolle befinde und bereits zweimal im Zusammenhang mit Punktierungen kollabiert sei. Auch vor diesem medizinischen Hintergrund sei daher die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der pflichtgemäßen Diensterfüllung begründet, insbesondere, wenn man nicht nur die rein physische Belastung durch Haupt- und Nebenbeschäftigung in Betracht ziehe, sondern weiters die insbesondere bei einem Gesamtbeschäftigungsausmaß von ca. 59 Stunden wöchentlich zwangsläufig entstehenden Stressmomente, wozu auch noch die Belastung infolge des Unternehmerrisikos komme, das der Beschwerdeführer für seine Firma trage. Aus diesen Gründen sei das Ausmaß der Nebenbeschäftigung auf 10 Stunden wöchentlich zu reduzieren, woraus sich noch immer eine zeitliche Durchschnittsbelastung von insgesamt 50 Wochenstunden ergebe. Diese 50 Wochenstunden seien etwa vergleichsweise auch als grundsätzliche Höchstgrenze für die Wochenarbeitszeit in den arbeitnehmerschutzorientierten Bestimmungen des Arbeitszeitgesetztes (§ 9 Abs. 1 AZG) festgelegt. Wenn nun schon eine solche Höchstgrenze von 50 Wochenarbeitsstunden vom Gesetzgeber in dem AZG unterworfenen Bereichen zur Erhaltung der Freizeit und Gesundheit der Mitarbeiter grundsätzlich eingezogen werde, werde man erst recht bei Hinzutreten weiterer belastender Begleitumstände - wie im gegenständlichen Fall (starke physische Belastung durch "Haupttätigkeit", Stressmomente durch zusätzliche Nebenbeschäftigung verbunden mit entsprechenden medizinischen Indikationen) - 10 Wochenstunden an Nebenbeschäftigung als die Statthaftigkeit dieser Nebenbeschäftigung absteckendes Maximum ansehen müssen.

Dass dem Beschwerdeführer von seinem Vorgesetzten am derzeitigen Arbeitsplatz niemals der Vorwurf gemacht worden sei, dass er allenfalls müde in die Arbeit erschienen sei oder die Arbeiten im Gartenamt nicht zur Zufriedenheit ausgeführt hätte, könne an diesem Ergebnis nichts ändern. Solche Vorhalte hätten allenfalls verbürgt, dass der Beschwerdeführer an der pflichtgemäßen Diensterfüllung tatsächlich verhindert gewesen sei und es wäre sodann auch die vollständige Untersagung der Nebenbeschäftigung angebracht gewesen. Auf den tatsächlichen Eintritt einer solchen Verhinderung komme es jedoch (wie oben bereits ausgeführt) nicht an. Das rückblickende Argument greife jedoch auch deshalb nicht, weil die Dienstbehörde vom aktuellen Zustand auszugehen und auch zukünftige (mögliche) Einwirkungen zu berücksichtigen habe. Zweck des § 24 Oö. StGBG sei es, negative Entwicklungen für den öffentlichen Dienst erst gar nicht entstehen zu lassen, sondern bereits im Vorfeld hintanzuhalten. Aus diesen Gründen ändere auch das Vorbringen des Beschwerdeführers hinsichtlich seiner in der Vergangenheit durchwegs auf "sehr gut" lautenden Dienstbeurteilungen nichts an diesem Ergebnis. Aus diesen Gründen habe auch auf die Beischaffung der ausständigen Dienstbeurteilung verzichtet werden können.

Auch durch die vom Beschwerdeführer beschäftigten Fach- und Hilfskräfte komme es zu keiner Reduktion seiner 19-stündigen Nebenbeschäftigung, vielmehr sei damit neben den von ihm selbst nach seinen Angaben nach wie vor zu erbringenden manuellen Leistungen ein entsprechender Organisations-, Aufsichts- und letztlich auch Akquisitionsaufwand verbunden, um seine Mitarbeiter mit Arbeit zu versorgen und deren ordentliche und fristgerechte Ausführung zu überwachen. Auch der Umstand, dass bei Belastungen die Familienmitglieder des Beschwerdeführers als Stütze einspringen könnten, sei als Indiz anzusehen, dass der Beschwerdeführer nicht nur bereits seinen Belastungsplafonds erreicht, sondern überschritten habe.

Im Hinblick auf die Arbeitsinhalte der Nebenbeschäftigung trage die Tätigkeit des Baumschnitts zwar eine gewisses Verletzungs- und Unfallrisiko in sich, im Vergleich zu anderen gartengestaltenden und gartenpflegerischen Maßnahmen sei beim Baumschnitt jedoch kein besonderes erhöhtes oder vermindertes Unfallrisiko zu erkennen, sodass sich daraus keine weitere Beschränkung oder gänzliche Untersagung der Nebenbeschäftigung ergeben habe.

Ein weiterer Grund, der zur Annahme einer Unstatthaftigkeit sowie zur Untersagung der Nebenbeschäftigung führen könnte, sei gemäß § 24 Abs. 1 Oö. StGBG darin gelegen, dass die Nebenbeschäftigung die Unbefangenheit im Dienst beeinträchtigen könnte. Wegen der im Verfahren abgegebenen Erklärung des Beschwerdeführers sei nur mehr zu prüfen gewesen, ob auch die Beteiligung an Ausschreibungen sogenannter "stadtnaher" Gesellschaften diesen Untersagungsgrund begründe. Eine Vermutung der Befangenheit bei der Teilnahme an Ausschreibungen von sog.

stadtnahen Gesellschaften sei jedoch nicht anzunehmen, da diese regelmäßig Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit darstellten, deren Ausschreibungen weder vom Magistrat administriert würden noch auf deren Ausschreibungen der Magistrat Linz irgend welchen unmittelbaren Einfluss zu nehmen in der Lage sei. Auch aus dem übrigen von der Berufungsbehörde festgestellten Sachverhalt lasse sich keine begründete Vermutung der Befangenheit des Beschwerdeführers ableiten (wird näher ausgeführt)

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

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in ihrer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

I. Rechtslage

1. Organisationsrechtliche Bestimmungen

Das Statut der Landeshauptstadt Linz in der Fassung der Wiederverlautbarung durch die Kundmachung der Oberösterreichischen Landesregierung vom 27. Jänner 1992, LBGl. Nr. 7 (Oö StL 1992) lautet auszugsweise:

"I. Hauptstück

Allgemeines

§ 1

Rechtliche Stellung der Stadt

(1) Die Stadt Linz ist die Landeshauptstadt des Landes Oberösterreich. Sie ist eine Stadt mit eigenem Statut.

(2) Die Stadt ist Gebietskörperschaft mit dem Recht auf Selbstverwaltung und zugleich Verwaltungssprengel. Sie hat neben den Aufgaben der Gemeindeverwaltung auch die der Bezirksverwaltung zu besorgen.

...

II. Hauptstück

Organe der Stadt

§ 7

Übersicht

Die Organe der Stadt sind:

1.

Der Gemeinderat;

2.

der (die) Bürgermeister (Bürgermeisterin);

3.

der Stadtsenat (Verwaltungsausschuss);

4.

die einzelnen Mitglieder des Stadtsenates;

5.

der Magistrat

...

V. Abschnitt

Der Magistrat

§ 37

Zusammensetzung

(1) Der Magistrat besteht aus dem (der) Bürgermeister (Bürgermeisterin) als Vorstand, dem (der) Magistratsdirektor (Magistratsdirektorin) und den übrigen Bediensteten.

(2) Die Leitung des inneren Dienstes obliegt unter der unmittelbaren Aufsicht des (der) Bürgermeisters (Bürgermeisterin) dem (der) Magistratsdirektor (Magistratsdirektorin). Der (Die) Magistratsdirektor (Magistratsdirektorin) muss ein(e) rechtskundige(r) Verwaltungsbeamter (Verwaltungsbeamtin) sein.

(3) Zu den Angelegenheiten des inneren Dienstbetriebes zählen insbesondere:

1. die Organisation der personellen Mittel (einschließlich Dienstaufsicht und innerdienstlicher Dienstrechtsvollzug, soweit diese nicht durch Gesetz einem anderen Organ der Stadt zugewiesen sind);

2.

die Organisation der Sachmittel;

3.

die Vorsorge für den einheitlichen und geregelten Geschäftsgang in sämtlichen Zweigen der Stadtverwaltung.

§ 38

Gliederung

(1) Der Magistrat gliedert sich in Dienststellen (Geschäftsgruppen, Ämter, Einrichtungen), auf die die Geschäfte nach ihrem Gegenstand und ihrem sachlichen Zusammenhang aufzuteilen sind.

(2) Die Zahl der Dienststellen und die Aufteilung der Geschäfte wird in der Geschäftseinteilung des Magistrates festgesetzt.

(3) Die Geschäftsgebarung, der Geschäftsgang und der Schriftverkehr des Magistrates werden durch die Geschäftsordnung geregelt. In der Geschäftsordnung ist insbesondere auch zu regeln, inwieweit sich der (die) Bürgermeister (Bürgermeisterin) und die übrigen Mitglieder des Stadtsenates - unbeschadet ihrer Verantwortlichkeit - bei den zu treffenden Entscheidungen oder Verfügungen oder sonstigen Amtshandlungen im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit durch den (die) Magistratsdirektor (Magistratsdirektorin), die Dienststellenleiter (Dienststellenleiterinnen) oder durch sonstige Bedienstete vertreten lassen können.

...

II. Hauptstück

Wirkungsbereich der Stadt

§ 43

Einteilung

Der Wirkungsbereich der Stadt ist ein eigener und ein vom

Bund oder vom Land übertragener.

§ 44

Eigener Wirkungsbereich

...

(2) Gemäß Art. 118 Abs. 3 des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 sind der Stadt zur Besorgung im eigenen Wirkungsbereich die behördlichen Aufgaben insbesondere in folgenden Angelegenheiten gewährleistet:

1.

...

2.

Bestellung der Bediensteten und Ausübung der Diensthoheit, unbeschadet der Zuständigkeit überörtlicher Disziplinar-, Qualifikations- und Prüfungskommissionen;

...

§ 51

Zuständigkeit des Magistrates

(1) Die Geschäfte der Stadt sind durch den Magistrat zu besorgen.

(2) Der Magistrat verfügt und entscheidet in allen behördlichen Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Stadt in erster Instanz, soweit diese nicht ausdrücklich einem anderen Organ vorbehalten sind.

(3) Dem Magistrat sind außer den ihm in diesem Gesetz und in anderen gesetzlichen Vorschriften zugewiesenen Aufgaben folgende Angelegenheiten vorbehalten:

1. Die selbstständige Erledigung folgender Geschäfte im Rahmen des inneren Dienstbetriebes:

...

e) die dienst- , besoldungs- und pensionsrechtlichen Angelegenheiten der Bediensteten, soweit sie nicht ausdrücklich einem anderen Organ der Stadt zugewiesen sind;

...

VI. Hauptstück

Instanzenzug, Kundmachung von Verordnungen, Unterfertigung von Urkunden

§ 64

Instanzenzug

(1) Sofern nicht durch Gesetz eine andere Berufungsinstanz gegeben ist, entscheidet in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Stadtsenat über Berufungen gegen Bescheide des Magistrates. Der Stadtsenat übt gegenüber dem Magistrat auch die in den verfahrensgesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen oberbehördlichen Befugnisse aus.

(2) Gegen die Entscheidungen des Stadtsenates ist eine Berufung nicht zulässig.

..."

§ 36 Z. 7 der Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz (GEOM), kundgemacht im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz Nr. 11/1999, lautet auszugsweise:

"Fertigungsklauseln im eigenen Wirkungsbereich

Im eigenen Wirkungsbereich der Stadt ergehende schriftliche Erledigungen bzw. Ausfertigungen erhalten die Fertigungsklausel

...

7. "Der Magistratsdirektor:", "Der Gruppenleiter:", "Der Amtsleiter:", "Der Abteilungsleiter:", "Der Sachbearbeiter:":

wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, die in den Kompetenzbereich des Magistrates fällt. Nach Maßgabe der Funktion des Unterfertigenden kann auch eine andere Funktionsbezeichnung verwendet werden."

2. Dienstrechtliche Bestimmungen

Die im Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Oö. Statutargemeinden-Beamtengesetzes, LGBl. Nr. 37/1956 (Oö. StBGB), lauten auszugsweise:

"3. Abschnitt

Pflichten der Beamten

§ 21

Allgemeine Pflichten.

(1) Der Beamte hat sein Dienstgelöbnis unverbrüchlich einzuhalten, seine volle Kraft dem Dienst zu widmen, den mit seiner Stellung verbundenen dienstlichen Verrichtungen in ihrem ganzen Inhalt und Umfang nach bestem Wissen und mit anhaltendem Fleiß sowie mit voller Unparteilichkeit zu obliegen. ...

...

§ 24

Nebenbeschäftigung.

(1) Nebenbeschäftigungen, die die pflichtgemäße Erfüllung des Dienstes oder die Unbefangenheit im Dienste beeinträchtigen könnten oder das Standesansehen verletzen, sind unstatthaft.

(2) Eine ausdrückliche Bewilligung ist zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung nicht erforderlich, doch ist der Beamte verpflichtet, vor Übernahme einer Nebenbeschäftigung dem Magistrat hievon schriftlich Mitteilung zu machen. Dieser hat die Ausübung zu untersagen, wenn sie nach Abs. 1 unstatthaft ist."

II. Beschwerdeausführungen und Erwägungen

1. Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem gesetzlich gewährleisteten Recht auf Nichtuntersagung seiner Nebenbeschäftigung im genannten Ausmaß verletzt.

2.1. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bringt der Beschwerdeführer zunächst vor, der erstinstanzliche Bescheid sei von einem unzuständigen Organ erlassen worden. Die Baudirektion sei kein Organ im Sinne des § 37 Abs. 3 Z. 3 Oö. StL 1992. Vielmehr sei für den inneren Dienstbetrieb die Zuständigkeit des Magistratsdirektors gegeben, sodass dieser über eine allfällige Ablehnung im Sinne des § 24 Abs. 2 Oö. StGBG entscheiden hätte müssen. Die Übertragung einer Kompetenz durch einen Willensakt des primär zuständigen Organs auf ein anderes Organ durch Delegation sei nur zulässig, wenn sie im Gesetz vorgesehen sei. Eine derartige gesetzliche Determinierung der Kompetenzübertragung sei im gegenständlichen Fall nicht feststellbar.

2.2. Dem ist Folgendes zu erwidern:

Die als Bescheid bezeichnete "erstinstanzliche" Erledigung vom 25. Februar 1999 nennt im Kopf die Landeshauptstadt Linz, Baudirektion und im Vorspann zum Spruch "den Magistrat der Landeshauptstadt Linz, Baudirektion". Die Fertigungsklausel lautet: "Der Gruppenleiter: (Arch. DI F X. G.)" (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof). Vorab ist somit zu prüfen, wem diese "erstinstanzliche" Erledigung zuzurechnen (zuzuordnen) ist. Von diesem Ergebnis hängt es ab, ob die "erstinstanzliche" Erledigung vom 25. Februar 1999 überhaupt als Bescheid zu qualifizieren ist und ob (hier: in erster Instanz) die zuständige Behörde entschieden hat.

Die Frage, welcher Stelle ein behördlicher Abspruch zuzurechnen ist, ist an Hand des äußeren Erscheinungsbildes nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Wenn im Übrigen im Zusammenhalt mit dem Bescheidabspruch - so insbesondere mit der Fertigungsklausel - die bescheiderlassende Behörde eindeutig zu entnehmen ist, ist dies ausreichend (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Oktober 2000, Zl. 95/12/0367).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage kann es nach der maßgebenden äußeren Erscheinungsform der "erstinstanzlichen" Erledigung keinem Zweifel unterliegen, dass es sich bei dieser Erledigung um einen Bescheid handelt, der dem "Magistrat der Landeshauptstadt Linz" als Organ im Sinn des § 7 Z. 5 Oö. StL 1992 und nicht der "Baudirektion", die kein Organ im Sinne des § 7 Oö. StL 1992 darstellt, zuzurechnen ist. Dies ergibt sich schon aus dem Vorspann zum Spruch, in dem ausdrücklich der Magistrat der Landeshauptstadt Linz als Behörde genannt wird. Auch die im vorliegenden Fall verwendete Fertigungsklausel "Der Gruppenleiter" spricht für dieses Ergebnis. So ordnet § 36 Z. 7 GEOM an, dass die im eigenen Wirkungsbereich der Stadt ergehende schriftliche Erledigungen bzw. Ausfertigungen die Fertigungsklausel "Der Gruppenleiter:" enthalten, wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, die in den Kompetenzbereich des Magistrates fällt.

Der erstinstanzliche Bescheid war daher vom Magistrat der Stadt Linz als Organ im Sinn des § 7 Z. 5 Oö. StL 1992 als Dienstbehörde erster Instanz in einer Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Stadt erlassen worden. Da der Magistrat gemäß § 24 Abs. 2 Oö. StGBG für die Untersagung einer Nebenbeschäftigung zuständig ist, liegt keine Unzuständigkeit der erstinstanzlichen Behörde vor.

3.1. Der Beschwerdeführer macht ferner als inhaltliche Rechtswidrigkeit geltend, der Umstand, dass er die

Nebenbeschäftigung bereits seit Jahren im bisher vom Arbeitgeber zur Kenntnis genommenen Ausmaß ausgeübt hätte und keinerlei Auswirkungen auf das Hauptbeschäftigungsverhältnis festgestellt worden seien, wie dies durch die jeweils auf "sehr gut" lautenden Dienstbeschreibungen belegt sei, wäre - entgegen der Ansicht der belangten Behörde - entscheidungsrelevant. Darüber hinaus räume die Bestimmung des § 24 Abs. 1 Oö. StBGB der Behörde keine völlig freie und an nichts gebundene Ermessens- und Wertungsmöglichkeit ein. Von der belangten Behörde sei bei der Ermessensübung der Sinn des Gesetzes nicht beachtet worden. Insbesondere im Hinblick darauf, dass das gegenständliche Verfahren durchaus im Zusammenhang mit dem vom Arbeitgeber gegen den Beschwerdeführer angestrengten Disziplinarverfahren zu sehen sei, sei ein Ermessensmissbrauch indiziert, da dem Verfahren und der Entscheidung eine unsachliche Motivationslage, welche den Beschwerdeführer benachteilige, zugrunde liege.

3.2. Dem ist folgendes zu erwidern:

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat, liegt die wesentliche Aufgabe des Dienstrechtes darin, die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes zu gewährleisten. Bereits aus dem Begriff (der als) "Hauptbeschäftigung" (zu wertenden Wahrnehmung der Aufgaben aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis) im Verhältnis zur "Nebenbeschäftigung" folgt, dass es Aufgabe des Bediensteten ist, bei einer allfälligen Nebenbeschäftigung mögliche Beeinträchtigungen seines Dienstes oder Beschränkungen seiner dienstlichen Einsatzfähigkeit zu vermeiden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. November 1997, Zl. 97/12/0363 mit weiteren Hinweisen auf die Vorjudikatur). Dies deckt sich auch mit der Bestimmung des § 21 Abs. 1 Oö StGBG. Danach hat der Beamte seine volle Kraft dem Dienst zu widmen. Damit wird die Pflicht des Beamten "zu voller Hingebung an die ihm anvertrauten Interessen des Dienstes" erfasst, das heißt aber, dass der Beamte andere Interessen als die des Dienstes - insbesondere seine eigenen - den dienstlichen Interessen unterzuordnen hat. Diese Pflicht, sich mit voller Kraft seinem Dienst zu widmen, spricht die Verpflichtung des Beamten an, seine volle Einsatzfähigkeit (im weiteren Sinn) für den Dienst zu erhalten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 1998, Zl. 96/09/0373).

Nach § 24 Oö StGBG sind Nebenbeschäftigungen unstatthaft und (anders als z.B. nach § 56 BDG 1979, wo eine derartige ausdrückliche Ermächtigung fehlt; siehe zu den sich daraus ergebenden Folgen z.B. das hg Erkenntnis vom 1. Oktober 2004, Zl. 2000/12/0195) zu untersagen, wenn diese die pflichtgemäße Erfüllung des Dienstes beeinträchtigen könnten. Die Möglichkeit einer Beeinträchtigung im Sinne des § 24 Abs. 1 Oö StGBG darf jedoch keine bloß abstrakte sein, um die Untersagung einer Nebenbeschäftigung zu rechtfertigen, sondern muss vielmehr unter Beachtung der Erfahrungen des täglichen Lebens und des dienstlichen Aufgabenbereiches des Beamten konkret begründet werden. Es ist aber für die Untersagung einer Nebenbeschäftigung nicht notwendig, dass dadurch bei der pflichtgemäßen Diensterfüllung des Beamten tatsächlich eine Beeinträchtigung hervorgerufen wird. Es muss nur die Möglichkeit der Beeinträchtigung hinlänglich konkret dargelegt werden.

Die Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers wird in Form einer nichtprotokollierten Einzelfirma ausgeübt, wobei der Beschwerdeführer eine gelernte Fachkraft, welcher vor allem planerische, aber auch manuelle Tätigkeiten zukommen, sowie eine Hilfskraft für sämtliche manuellen, insbesondere schwereren Tätigkeiten, beschäftigt. Dem Beschwerdeführer selbst kommen primär die Koordination, teilweise die Planung sowie ebenfalls manuelle Tätigkeiten bei der Gartengestaltung und Gartenpflege zu. Weiters ist er für die Kontrolle der Kalkulation verantwortlich. Der Beschwerdeführer übt die Nebenbeschäftigung in einem Ausmaß von 19 Wochenstunden aus. Wie der wiedergegebenen Begründung des angefochtenen Bescheides zu entnehmen ist, stützt die belangte Behörde die Untersagung der Nebenbeschäftigung im genannten Ausmaß im Wesentlichen darauf, dass der Beschwerdeführer durch die Ausübung dieser Nebenbeschäftigung im Ausmaß von 19 Wochenstunden einer derartigen zeitlichen, physischen und psychischen Mehrbelastung ausgesetzt ist, dass seine pflichtgemäße Diensterfüllung beeinträchtigt werden könnte. Die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der pflichtgemäßen Diensterfüllung des Beschwerdeführers wurde von der belangten Behörde konkret und schlüssig nachvollziehbar dargelegt. Schon allein aus dem Umstand, dass sich aufgrund der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers eine wöchentliche zeitliche Durchschnittsbelastung von 59 Stunden als unbefristete Dauerbelastung ergibt, die Nebenbeschäftigung nicht nur an Werk-, Sonn- und Feiertagen, sondern auch im Erholungsurlaub ausgeübt wird und der Beschwerdeführer als Forstarbeiter körperlich anspruchsvolle, aber auch gefahrengeneigte Tätigkeiten auszuüben hat, die entsprechend ausgeruhte und konzentrierte Mitarbeiter erfordert, konnte die belangte Behörde zutreffend den Schluss ziehen, dass er durch das Ausmaß dieser Nebenbeschäftigung an der pflichtgemäßen Diensterfüllung beeinträchtigt sein könnte.

Wie bereits dargestellt, ist es für die Untersagung einer Nebenbeschäftigung nicht notwendig, dass dadurch tatsächlich

eine Beeinträchtigung der pflichtgemäßen Diensterfüllung des Beamten hervorgerufen wird. Es muss nur die Möglichkeit der Beeinträchtigung hinlänglich konkret dargelegt werden, sodass es - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht wesentlich ist - ob von der belangten Behörde bereits negative Auswirkungen auf seine Hauptbeschäftigung festgestellt worden sind.

Auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, dem Verfahren läge aufgrund des gegen ihn anhängigen Disziplinarverfahrens eine "unsachliche Motivationslage" zugrunde, was einen Ermessensmissbrauch indiziere, vermag schon deshalb keine Rechtswidrigkeit aufzuzeigen, weil das Gesetz bei der Untersagung nach § 24 Abs. 2 letzter Satz Oö. StGBG der Behörde gar kein Ermessen einräumt (arg.: "hat ... zu untersagen"). Im Übrigen stützt die belangte Behörde die Teiluntersagung in Verbindung mit der aktuellen Verwendung des Beschwerdeführers als Forstarbeiter weder ausdrücklich auf Vorkommnisse im Zusammenhang mit dem Disziplinarverfahren, das Zeiträume betrifft, in denen er noch (in seiner Vorverwendung) als Gärtnermeister im Bereich der Baumschule tätig war, noch bestehen Anhaltspunkte dafür, aus denen eine solche (stillschweigende) Bedachtnahme abgeleitet werden kann, zumal er in diesem Zusammenhang auch kein konkretes Vorbringen erstattet.

4.1. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bringt der Beschwerdeführer weiters vor, die Bestimmung des § 24 Abs. 2 letzter Satz Oö. StGBG räume der Behörde nur die Möglichkeit ein, die Ausübung der Nebenbeschäftigung zur Gänze und nicht nur in einem "ihr genehmen Ausmaß" zu untersagen, wenn diese unstatthaft sei.

4.2. Auch mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides schon deshalb nicht aufzuzeigen, weil er selbst dann, wenn seine Auffassung zuträfe, durch den angefochtenen Bescheid, mit dem bloß ein Teil seiner Nebenbeschäftigung untersagt wurde, nicht in einem subjektiven Recht - ein solches könnte nur in dem Recht auf Nichtuntersagung der Nebenbeschäftigung bestehen - verletzt wurde.

5.1. Unter dem Gesichtpunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht der Beschwerdeführer zunächst eine Befangenheit des in erster Instanz entscheidenden Baudirektors als zuständigen Gruppenleiter geltend.

5.2. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer die Umstände, auf die er diesen Vorwurf stützt (Einleitung des Disziplinarverfahrens gegen ihn auf Initiative des Baudirektors;

dessen Äußerungen in der Öffentlichkeit über den von ihm als unbefriedigend empfundenen Ausgang des Disziplinarverfahrens;

keine Einschaltung der Personalvertretung im Untersagungsverfahren) erstmals in der Beschwerde vorbringt, läge selbst bei Zutreffen seines Vorbringens keine zur Aufhebung führende Rechtsverletzung vor, weil die Mitwirkung eines befangenen Organs im erstinstanzlichen Verfahren durch den Abspruch einer unbefangenen Berufungsbehörde behoben wird und somit eine derartige Rechtsverletzung nicht mehr vorliegt (vgl. dazu Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren, Band I2 (1998), E 41 zu § 7 AVG). Dass der angefochtene (Berufungs)Bescheid von einem befangenen Organwalter erlassen worden wäre, hat der Beschwerdeführer nicht vorgebracht.

6.1. Der Beschwerdeführer macht ferner als Rechtswidrigkeit des Inhalts geltend, die belangte Behörde habe bei der Heranziehung des Arbeitszeitgesetzes verkannt, dass diese Bestimmung im Beschwerdefall nicht anzuwenden sei und außerdem eine Vielzahl von Ausnahmebestimmung von der von ihr genannten Höchstgrenze vorsehe (insbesondere in seinem § 7). Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften bringt er in diesem Zusammenhang im Wesentlichen vor, die Festlegung der 10 Wochenstunden stelle Willkür dar, da dieses Ausmaß weder medizinisch (keine Einholung eines medizinischen Gutachtens zur Frage der tatsächlichen Auswirkungen der zusätzlichen Belastung des Beschwerdeführers durch die Nebenbeschäftigung in dem von ihm gemeldeten Ausmaß) noch arbeitsorganisatorisch oder sonstig indiziert sei und sich im gesamten Verfahren kein Anhaltspunkt ergeben habe, dass eine darüber hinausgehende Nebenbeschäftigung zu einer anders gearteten oder intensiveren Belastung und in weiterer Folge zur Beeinträchtigung der pflichtgemäßen Diensterfüllung führen könnte.

6.2. Auch dieses Vorbringen vermag der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Die belangte Behörde hat die Verringerung des Ausmaßes der gemeldeten Nebenbeschäftigung zum einen mit der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes begründet, weil sie auf Grund der dauerhaften Mehrinanspruchnahme des Beschwerdeführers durch das von ihm angegebene Ausmaß der Nebenbeschäftigung

(19 Stunden) in Verbindung mit seiner körperlich anstrengenden Tätigkeit als

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at