

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/9/21 2002/12/0253

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.09.2005

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;  
63/06 Dienstrechtsverfahren;  
63/07 Personalvertretung;

## Norm

AVG §56;  
BDG 1979 §111;  
BDG 1979 §38 Abs2;  
BDG 1979 §56 Abs1;  
BDG 1979 §56 Abs2;  
BDG 1979 §56 Abs3;  
BDG 1979 §91;  
DVV 1969 §1 Abs1 Z7;  
DVV 1981 §1 Abs1 Z12;  
EGVG 1991 Anlage Art2 Abs6 Z1;  
PVG 1967 §9 Abs1 litl;  
VVG §5;

VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens und Dr. Pfiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Lamprecht, über die Beschwerde des Z in T, vertreten durch Dr. Gernot Kerschhackel, Rechtsanwalt in 2500 Baden, Wiener Straße 44-46/1/11, gegen den Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 18. Juni 2002, ZI. 6243/222-II/4/02, betreffend Feststellung der Unzulässigkeit einer Nebenbeschäftigung nach § 56 Abs. 2 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 (BDG 1979), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Der Beschwerdeführer steht als Bezirksinspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er wurde bis zum 30. April 2002 am Gendarmerieposten B und seit 1. Mai 2002 an der Verkehrsabteilung - Außenstelle T - verwendet.

Mit Eingabe vom 14. Mai 2001 meldete er dem Landesgendarmeriekommando für Niederösterreich (im Folgenden kurz: LGK), dass er beabsichtige, bei der Firma "R" mit Wirksamkeit vom 1. Juni 2001 eine erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung bis auf Weiteres auszuüben. Bei dieser handle es sich um die Bedienung eines mobilen Radargerätes, das über Auftrag von Gemeinden zum Einsatz käme. Anhaltungen würden nicht vorgenommen. Es wären lediglich Radarfotos anzufertigen, die der örtlich zuständigen Gemeinde vorgelegt würden.

Der Kommandant des Gendarmeriepostens B legte diese Meldung mit der Stellungnahme vor, dass Schwierigkeiten bezüglich einer Befangenheit des Beschwerdeführers nicht erwartet werden. Auch der Bezirksgendarmeriekommendant führte in seinem Vorlagebericht an das LGK vom 17. Mai 2001 (u.a.) aus, dass eine konkret vorhersehbare direkte Befangenheit durch die Ausübung der genannten Tätigkeit zur Zeit nicht "erkenntlich" sei.

Im Zuge seines Ermittlungsverfahrens übersandte das LGK dem - mittlerweile anwaltlich vertretenen - Beschwerdeführer am 27. Juni 2001 nachstehende Aufforderung:

"Zur Entscheidung im gegenständlichen Nebenbeschäftigungsverfahren werden Sie angewiesen, die nachstehenden Punkte zu beantworten:

1. Was umfasst Ihre Nebenbeschäftigung genau bzw. zu welchen Tätigkeiten sind Sie vertraglich verpflichtet?
- 2.

Auf welche Weise erhalten Sie Ihre Aufträge?

- 3.

Auf welchen örtlichen Bereich erstreckt sich Ihre Tätigkeit?

- 4.

Wie viel Zeit wenden Sie pro Monat durchschnittlich dafür auf?

Legen Sie die Meldung binnen 2 Wochen direkt dem LGK für NÖ vor und schließen Sie eine beglaubigte Ablichtung Ihres Vertrages an!"

In seiner Eingabe vom 13. Juli 2001 beantwortete der Beschwerdeführer (durch seinen Rechtsverteilter) die Fragen wie folgt:

"ad 1) Bedienung eines mobilen Radargerätes in einem PKW. Es wird nur der Film gewechselt. Das Auto wird zur Ausübung der Tätigkeit nicht verlassen.

ad 2) Die Aufträge zur Tätigkeit wie unter 1) beschrieben, werden durch den Auftraggeber nach Absprache erteilt, worauf auf die Dienstzeit Bedacht genommen wird.

ad 3) Derzeit, nach Maßgabe der Verträge, die der Auftraggeber hat, überwiegend in den Bezirken Baden und Wr. Neustadt.

ad 4) Derzeit zwei Mal pro Monat sechs Stunden. ad 5) Es gibt keinen schriftlichen Vertrag (ist auch keinesfalls erforderlich)."

Mit Bescheid vom 7. November 2001 untersagte das LGK die vom Beschwerdeführer "ausgeübte Nebenbeschäftigung als Organ zur Geschwindigkeitsmessung".

Nach Darstellung des Verwaltungsverfahrens und der Rechtslage führte das LGK (mit näherer Begründung) aus, die Nebenbeschäftigung sei geeignet, die Vermutung der Befangenheit des Beschwerdeführers zu begründen. Nebenbeschäftigungen, bei denen die Art der Tätigkeit eine gewisse Ähnlichkeit mit der Stellung und dem

Aufgabenbereich des Bediensteten hätten, wären nicht mit den dienstlichen Interessen vereinbar. Dies sei der Fall, wenn der Beschwerdeführer neben seiner Verwendung als Exekutivbeamter außerhalb der Dienstzeit Radarmessungen durchföhre oder ein mobiles Radargerät betreue. Auch sei ein persönlicher Kontakt mit Fahrzeuglenkern zu erwarten, die den Beschwerdeführer als Gendarmeriebeamten erkennen und sich "bei Gelegenheit entweder öffentlich oder im Zusammenhang mit Amtshandlungen darüber negativ bzw. abfällig äußern, wenn nicht sogar beschweren". Die Ausübung der Nebenbeschäftigung gefährde somit wesentliche dienstliche Interessen und rufe die Vermutung der Befangenheit des Beschwerdeführers bei der Dienstverrichtung hervor. Sie erweise sich demnach insgesamt als unzulässig.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung und stellte darin Abänderungsanträge dahin, die angezeigte Nebenbeschäftigung nicht zu untersagen bzw. sie zu genehmigen, hilfsweise den bekämpften Bescheid aufzuheben.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung des Beschwerdeführers ab. Sie teilte mit ausführlicher Begründung die Ansicht des LGK, dass die Nebenbeschäftigung nach dem in der Bevölkerung entstehenden Eindruck die Vermutung einer Befangenheit begründe. In Wahrnehmung dienstlicher Aufgaben könnte jederzeit die Situation eintreten, gegen Mitarbeiter der Firma R, also des Auftraggebers, von dem der finanzielle Erfolg der Nebenbeschäftigung abhänge, oder gegen Bedienstete auftragerteilender Gemeinden einschreiten zu müssen. Auf Grund des Wohnsitzes des Beschwerdeführers und seines langjährigen Tätigkeitsbereiches könnten sich bei Verkehrsteilnehmern aus Bezirken, welche die Dienste der Firma R nicht in Anspruch nähmen, Zweifel an der Objektivität von Amtshandlungen und damit der Eindruck der Befangenheit ergeben. Eine Gefährdung sonstiger wesentlicher dienstlicher Interessen sei auch im Vertrauensverlust der Allgemeinheit in die sachliche und gesetzestreue Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben durch einen Exekutivbeamten zu sehen.

§ 56 Abs. 2 BDG 1979 ziele darauf ab, dass ein Beamter von sich aus keine Nebenbeschäftigung ausübe, die die Tatbestände des Abs. 2 dieser Norm erfülle. Somit sei keine Genehmigung einer Nebenbeschäftigung vorgesehen, sondern lediglich die Feststellung der Unzulässigkeit/Untersagung einer solchen. Daraus sei zu schließen, dass nur in den Fällen, in denen nach den vorliegenden Informationen auf Grund einer Meldung des Beamten Untersagungsgründe vermutet werden könnten, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten wäre. Im Rahmen dieses Verfahrens hätte sie den Beschwerdeführer stets ausreichend informiert (wird näher dargestellt). Die Berufung erweise sich daher insgesamt als unberechtigt.

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, gemäß § 39 Abs. 2 Z. 4 und 6 VwGG unter Abstandnahme von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung, in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

§ 56 Abs. 1 bis 3 des Beamten-Dienstrechtsgegesetzes 1979 (BDG 1979), BGBl. Nr. 333 in der Stammfassung, lautet:

"Nebenbeschäftigung

§ 56. (1) Nebenbeschäftigung ist jede Beschäftigung, die der Beamte außerhalb seines Dienstverhältnisses und einer allfälligen Nebentätigkeit ausübt.

(2) Der Beamte darf keine Nebenbeschäftigung ausüben, die ihn an der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben behindert, die Vermutung seiner Befangenheit hervorruft oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährdet.

(3) Der Beamte hat seiner Dienstbehörde jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung unverzüglich zu melden. Eine Nebenbeschäftigung ist erwerbsmäßig, wenn sie die Schaffung von nennenswerten Einkünften in Geld- oder Güterform bezweckt."

Unter bestimmten - im Beschwerdefall nicht vorliegenden - Voraussetzungen bedarf die Ausübung einer erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung gemäß § 56 Abs. 4 BDG 1979 der Genehmigung der obersten Dienstbehörde.

Die Regierungsvorlage zur genannten Bestimmung, 11 BlgNR XV. GP, 89 f, lautet auszugsweise (Hervorhebungen im Original):

"Die Nebenbeschäftigung ist jede Tätigkeit des Beamten, die weder zur Erfüllung der Dienstpflichten zählt noch eine

Nebentätigkeit darstellt. Sie kann, muss aber nicht erwerbsmäßig sein. Es kann sich somit um erwerbsmäßige unselbständige Tätigkeiten handeln (privatrechtliche Verträge), ferner um wirtschaftlich selbständige Tätigkeiten und schließlich auch um nicht erwerbsmäßige Tätigkeiten. Die Verbotsnorm des § 56 Abs. 2 bezieht sich auf jede Nebenbeschäftigung (erwerbsmäßig oder nicht). Der Beamte darf auch eine ehrenamtliche Tätigkeit nicht ausüben, wenn sie mit § 56 Abs. 2 im Widerspruch steht.

§ 56 sieht keine Genehmigung einer Nebenbeschäftigung vor. Der Beamte hat gemäß § 56 Abs. 2 von sich aus jede Nebenbeschäftigung zu unterlassen, die dieser Bestimmung nicht entspricht. Die Dienstbehörde würde gesetzwidrig handeln, wenn sie im Erlasswege jede Nebenbeschäftigung von einer Genehmigung abhängig mache.

Bei Befangenheit genügt deren Vermutung. Der Beweis der Befangenheit ist nicht erforderlich. Befangenheit ist z. B. anzunehmen, wenn der Beamte einer Baubehörde angehört und eine Nebenbeschäftigung als Versicherungsvertreter ausübt, wobei er während oder im Anschluss an Bauverhandlungen mit Bauwerbern Versicherungsverträge abschließt.

§ 56 Abs. 3 verpflichtet den Beamten, jede erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung unverzüglich seiner Dienstbehörde zu melden. Wenn der Beamte demnach meint, die Ausübung einer von ihm angenommenen erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung sei zulässig, so ist er allen Verpflichtungen nachgekommen, wenn er diese Nebenbeschäftigung seiner Dienstbehörde meldet. Die Dienstbehörde aber kann jederzeit die Unzulässigkeit der Nebenbeschäftigung feststellen. In Zweifelsfällen kann der Beamte die Entscheidung der Dienstbehörde über die Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung herbeiführen (Erlassung eines Feststellungsbescheides; Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Oktober 1956, Slg. 4.175).

'Erwerbsmäßigkeit' im Sinne der Definition im § 56 Abs. 3 setzt nicht voraus, dass die Tätigkeit wiederholt ausgeübt werden muss. Wäre dies vorausgesetzt, könnten z.B. Werkverträge nicht darunter subsumiert werden.

Durch die Formulierung 'nennenswerte Einkünfte' sind u. a. Hilfsdienste und Verrichtungen untergeordneter Art von der Meldepflicht ausgenommen. ..."

Nach § 1 Abs. 1 Z. 12 der in den Jahren 2001 und 2002 geltenden DVV 1981 zählte die "Feststellung der Unzulässigkeit einer Nebenbeschäftigung" (soweit dies nicht Beamte betraf, die der obersten Dienstbehörde angehörten) zu den Aufgaben, die den im § 2 dieser Verordnung genannten nachgeordneten Dienstbehörden übertragen waren.

Die Beschwerde erweist sich schon aus folgenden Gründen im Ergebnis als berechtigt:

Im Beschwerdefall ist unbestritten, dass eine erwerbsmäßige - aber nicht nach § 56 Abs. 4 BDG 1979 genehmigungspflichtige - Nebenbeschäftigung vorliegt. Es ergeben sich aus dem Akteninhalt Hinweise (vgl. die Eingabe des Beschwerdeführers vom 13. Juli 2001), dass der Beschwerdeführer seine Nebenbeschäftigung bereits seit 1. Juni 2001, also schon im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides durch das LGK, ausgeübt hat.

Wie aus den Materialien zu § 56 Abs. 3 BDG 1979 hervorgeht, zielt die nur vor der Aufnahme der Nebenbeschäftigung in Betracht kommende Feststellung ihrer Unzulässigkeit darauf ab, klarzustellen, dass die Aufnahme der beabsichtigten Tätigkeit zu einer Verletzung einer Dienstpflicht führen würde (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 18. November 1991, Zi. 90/12/0141, vom 23. April 1992, Zi. 92/12/0051, und vom 28. Juli 2000, Zi. 97/09/0377 = Slg. Nr. 15.468/A, jeweils m.w.N.). Solcherart soll die Verletzung einer Dienstpflicht gerade vermieden werden, was insbesondere einen Schutz des Beamten vor einem Disziplinarverfahren, aber auch vor Personalmaßnahmen bedeutet, für die die Ausübung der Nebenbeschäftigung ein wichtiges dienstliches Interesse im Sinn des § 38 Abs. 2 BDG 1979 darstellen könnte.

Gemäß Art. II Abs. 6 Z. 1 EGVG finden die Verwaltungsverfahrensgesetze - dazu zählt nach Art. I leg. cit. auch das VVG - soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, u.a. keine Anwendung für die Behandlung der Angelegenheiten des Dienstverhältnisses der Angestellten des Bundes. Zu den derartigen Angelegenheiten regelnden Gesetzen zählt u.a. das BDG 1979. Das BDG 1979 enthält weder eine ausdrückliche Ermächtigung der Dienstbehörde, im Fall eines (möglichen) Widerspruchs zu § 56 BDG 1979 einen Untersagungs(Unterlassungs)Bescheid zu erlassen, noch sieht es im Sinn des Art. II Abs. 6 Z. 1 EGVG ausdrücklich die Anwendung des VWG vor (siehe hingegen z.B. § 20 Abs. 5 BDG 1979 über den Rückersatz von Ausbildungskosten im Fall der Auflösung des Dienstverhältnisses, der u.a. die sinngemäße Anwendung des § 13a Abs. 2 GehG und damit auch von dessen letzten Satz (Hereinbringung rückständiger Leistungen nach dem VVG, wenn die Hereinbringung im Abzugsweg nicht möglich ist) vorsieht). Dass § 9 Abs. 1 lit. I PVG eine

Mitwirkungsbefugnis des Dienststellenausschusses "bei der Untersagung einer Nebenbeschäftigung" vorsieht, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung (vgl. auch die unterschiedliche Terminologie in § 1 Abs. 1 Z. 7 DVV 1969 einerseits und § 1 Abs. 1 Z. 12 DVV 1981 andererseits). Ein gegenüber dem Beamten erlassener, auf § 56 Abs. 2 BDG 1979 gestützter "Untersagungsbescheid" kann daher nicht nach § 5 VVG "vollstreckt" werden. Die tatsächliche Ausübung einer Nebenbeschäftigung, die gegen § 56 BDG 1979 verstößt, ist ausschließlich nach dem Disziplinarrecht zu ahnden. Nur die Präventivwirkung möglicher Disziplinarstrafen soll daher den (Aktiv)Beamten von der (tatsächlichen) Ausübung einer nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 verbotenen Nebenbeschäftigung abhalten. Vor diesem Hintergrund sind auf § 56 BDG 1979 gestützte "Untersagungsbescheide" der Dienstbehörde als Bescheide zu deuten, mit denen die Unzulässigkeit einer Nebenbeschäftigung festgestellt wird.

Die Zulässigkeit zur Erlassung solcher Feststellungsbescheide unterliegt aber engen Grenzen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 1. Oktober 2004, Zl. 2000/12/0195, ausgeführt hat, scheidet ein Feststellungsbescheid als subsidiärer Rechtsbehelf jedenfalls dann aus, wenn die für die Feststellung maßgebende Rechtsfrage im Rahmen eines anderen Verfahrens (mit einem das rechtliche oder öffentliche Interesse abdeckenden Ergebnis) zu entscheiden ist. Dazu gehört auch ein Disziplinarverfahren. Liegt somit eine unzulässige Nebenbeschäftigung im Sinn des § 56 Abs. 2 BDG 1979 vor, hat der Beamte ihre Ausübung zu unterlassen. Andernfalls macht er sich disziplinär strafbar und hat allenfalls auch mit sonstigen dienstrechtlichen Maßnahmen (Personalmaßnahmen) zu rechnen.

Beabsichtigt der Beamte eine Nebenbeschäftigung auszuüben, dann hat er vorerst aus eigenem zu beurteilen, ob sie nicht nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 unzulässig ist. Will er sichergehen, dass es sich bei dieser Nebenbeschäftigung um keine verbotene handelt, ist sein rechtliches Interesse an der Erlassung eines von ihm beantragten Feststellungsbescheides jedenfalls dann zu bejahen, wenn sein Antrag auf die Feststellung der Zulässigkeit der von ihm beabsichtigten (aber noch nicht aufgenommenen) Nebenbeschäftigung gerichtet ist und er diese Tätigkeit auch nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Feststellungsverfahrens aufnimmt. Ebenso ist ein öffentliches Interesse an der Erlassung eines amtsweigigen Feststellungsbescheides über die Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung zu bejahen, wenn der Dienstbehörde die beabsichtigte Ausübung einer Nebenbeschäftigung eines Beamten zur Kenntnis kommt (ohne dass dieser einen solchen Feststellungsantrag gestellt hat), solange diese noch nicht ausgeübt wird.

Entscheidet sich der Beamte für die Ausübung der Nebenbeschäftigung, weil er sie für zulässig ansieht, dann trägt er das Risiko einer unrichtigen Einschätzung und deren Folgen. Hält die Dienstbehörde die ausgeübte Nebenbeschäftigung für unzulässig, wird sie die Klärung in einem von ihr in Gang zu setzenden Disziplinarverfahren zu veranlassen haben. Wegen der Subsidiarität des Feststellungsbescheides besteht in diesen Fällen jedenfalls kein öffentliches Interesse an einer gesonderten (amtsweigigen) Feststellung betreffend die Unzulässigkeit der (bereits ausgeübten) Nebenbeschäftigung durch die Dienstbehörde, weil diese Frage, sieht man vom Fall der Selbstanzeige nach § 111 BDG 1979 ab, in einem anderen über Anzeige der Dienstbehörde oder von ihr von Amts wegen einzuleitenden Verfahren zu entscheiden ist.

Die belangte Behörde hat - offenbar in Verkennung dieser Rechtslage - dadurch, dass sie trotz der im Akt befindlichen Hinweise auf die Ausübung der im angefochtenen Bescheid umschriebenen Tätigkeit deren Unzulässigkeit nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 festgestellt hat, ohne präzise sachverhaltsbezogene Darlegungen zum Fortbestand eines Feststellungsinteresses zu erstatten, die Funktion des Feststellungsbescheides als subsidiären Rechtsbehelf verkannt. Der angefochtene Bescheid war deshalb wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes nach § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben, ohne dass auf das Beschwerdevorbringen im Einzelnen einzugehen war.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der gemäß ihrem § 3 Abs. 2 anzuwendenden VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333

Wien, am 21. September 2005

## Schlagworte

Besondere Rechtsgebiete  
Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur  
Bescheiderlassung Feststellungsbescheide  
Individuelle Normen und Parteienrechte  
Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen  
VwRallg9/1

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2005:2002120253.X00

**Im RIS seit**

31.10.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

13.11.2009

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)