

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/9/21 2003/12/0200

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;  
AVG §59 Abs1;  
AVG §7 Abs1;  
BDG 1979 §111;  
BDG 1979 §112 Abs3;  
BDG 1979 §38 Abs2;  
BDG 1979 §56 Abs1;  
BDG 1979 §56 Abs2;  
BDG 1979 §56 Abs3;  
BDG 1979 §91;  
DW 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;

## Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2003/12/0201 E 21. September 2005

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Zens, Dr. Schick, Dr. Hinterwirth und Dr. Pfiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Lamprecht, über die Beschwerde des J in W, vertreten durch Dr. Thomas Praxmarer, Rechtsanwalt in 6010 Innsbruck, Bürgerstraße 19/1, gegen den Bescheid des

Bundesministers für Finanzen vom 22. September 2003, Zl. 11 1025/17-I/11/02, betreffend die 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 1.088,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Der Beschwerdeführer steht als Beamter (Verwendungsgruppe A2) in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er wurde bis zu seiner - zunächst vorläufig mit Schreiben vom 7. Juni 2002 ausgesprochenen - Suspendierung als Betriebsprüfer beim Finanzamt X verwendet. Gleichzeitig wurde eine Strafanzeige erstattet. Mit dem rechtskräftigen Bescheid der zuständigen Disziplinarkommission vom 14. Juni 2002 wurde der Beschwerdeführer endgültig gemäß § 112 Abs. 3 BDG 1979 vom Dienst suspendiert, das Disziplinarverfahren gegen ihn nach § 123 Abs. 1 eingeleitet und gleichzeitig nach § 114 BDG 1979 unterbrochen.

Dem lag der der Staatsanwaltschaft X angezeigte Verdacht des Verbrechens des Missbrauches der Amtsgewalt (§ 302 StGB) und der Abgabenhinterziehung (§ 33 Abs. 1 FinStrG) zugrunde. Der Beschwerdeführer wurde verdächtigt, im Zusammenwirken mit einem anderen als Betriebsprüfer vorsätzlich und wissentlich die Republik Österreich hinsichtlich des Abgabensanspruches an Einkommens- und Umsatzsteuer sowie Dienstgeberbeiträgen geschädigt zu haben. Der Beschwerdeführer hätte gegen Entgelt von monatlich S 3.500,- laufende Buchhaltungen geführt, der andere Verdächtige Bilanzen, Jahresabschlüsse und Steuererklärungen für näher bezeichnete Dritte erstellt. Bei späteren Betriebsprüfungen hätten sie die von ihnen erstellten Buchhaltungen, Bilanzen und Steuererklärungen wiederum selbst geprüft. Die monatlichen Entgelte von zumindest S 3.500,- hätte der Beschwerdeführer bei der Angabe seiner jährlichen Einnahmen nicht erklärt.

Der Beschwerdeführer hätte hiedurch eine unerlaubte Nebenbeschäftigung ausgeübt und die ihn nach § 56 Abs. 3 BDG 1979 treffenden Meldepflichten verletzt. Am 4. Juni 2002 hätte er sich geweigert, die Frage zu beantworten, wer bei einer der genannten Betriebsprüfungen sein Ansprechpartner gewesen wäre. Es lägen demnach besonders schwere Pflichtverletzungen und ein Vertrauensbruch vor, der bei Betriebsprüfern im Außendienst, die ein hohes Maß an Selbständigkeit genössen, besonders schwer wiege, sodass ausreichende Gründe für eine Suspendierung vorlägen.

Am 13. August 2002 schloss der Beschwerdeführer mit seinem in der Anzeige als Mittäter genannten Kollegen L. einen Vertrag über die Errichtung einer offenen Erwerbsgesellschaft (OEG) ab. Unternehmensgegenstand sollte die "gewerbliche Buchhaltung" sein. Als Beginn des Gesellschaftsverhältnisses wurde die Eintragung in das Firmenbuch genannt. Beide Gesellschafter sollten ihre Arbeitskraft einbringen, eine Bareinlage wurde nicht vorgesehen. Die Eintragung der OEG im Firmenbuch wurde mit Beschluss des Landesgerichtes X vom 10. September 2002 bewilligt. Die Eintragung ist am 11. September 2002 erfolgt.

Mit Bescheid vom 24. September 2002 "untersagte" die Finanzlandesdirektion für Tirol dem Beschwerdeführer gemäß § 56 Abs. 2 BDG 1979 jede Tätigkeit für diese OEG sowie jegliche gleichartige Tätigkeit (Nebenbeschäftigung) mit sofortiger Wirkung.

Nach Darstellung des bisherigen Verfahrens und des Inhaltes des § 56 BDG 1979 führte die Behörde aus, die Ausübung einer Nebenbeschäftigung sei schon bei Gefährdung dienstlicher Interessen unzulässig, eine tatsächliche Verletzung dienstlicher Interessen - etwa in Form einer Dienstpflichtverletzung - müsse noch nicht eingetreten sein. Den Abgabenbehörden des Bundes, etwa den Finanzämtern, obliege insbesondere die Erhebung der bundesrechtlich geregelten Abgaben. Die Abgabenbehörden hätten darauf zu achten, dass alle Abgabepflichtigen nach den Abgabenvorschriften erfasst und gleichmäßig behandelt würden. Ebenso hätten sie darüber zu wachen, dass Abgabeneinnahmen nicht zu Unrecht verkürzt werden. Es bestünde ein wesentliches dienstliches Interesse daran, dass die Allgemeinheit und die Abgabepflichtigen im Besonderen darauf vertrauen könnten, dass die Besteuerungsgrundsätze tatsächlich in die Praxis umgesetzt würden.

Dieses dienstliche Interesse wäre gefährdet, wenn ein Bediensteter der Finanzverwaltung an einem Unternehmen beteiligt oder für dieses tätig sei, dessen Geschäftszweig "gewerbliche Buchhaltung" sei. Den Abgabepflichtigen würde

nämlich nicht verborgen bleiben, dass der Firmeninhaber bzw. Beschäftigte der Firma als Angehörige der Finanzverwaltung in einem aufrechten Dienstverhältnis zum Bund stünden, und zwar unabhängig davon, ob ein Beamter Dienst versehe oder suspendiert sei. Es sei daher damit zu rechnen, dass Abgabepflichtige allein deshalb die Dienste eines solchen Unternehmens in Anspruch nähmen. Die Abgabepflichtigen würden nämlich davon ausgehen, dass ihnen ein solches Unternehmen zu steuerlichen Vorteilen ver helfe, in dem Firmenangehörige bzw. Firmeninhaber internes dienstliches Wissen über Verwaltungsabläufe, etwa die schwerpunktmäßige Bearbeitung von Abgabenerklärungen, über das weder die Abgabepflichtigen selbst noch berufsmäßige Parteienvertreter (Wirtschaftstreuhänder) verfügten, sich bei ihrer Arbeit zunutze machten. Damit bestünde auch die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der berufsmäßigen Parteienvertreter. Dazu komme im Beschwerdefall die Suspendierung wegen des Verdachtes schwer wiegender Dienstpflichtverletzungen und das anhängige gerichtliche Strafverfahren wegen des Verdachts des Missbrauchs der Amtsgewalt und der Abgabenhinterziehung beim Landesgericht X. Die Finanzverwaltung müsse darauf vertrauen können, dass Unternehmen, derer sich ein Abgabepflichtiger zur Erfüllung seiner im Abgabenrecht vorgeschriebenen Pflichten (Führung von Büchern und Aufzeichnungen) bediene, korrekt arbeiteten und so den Abgabepflichtigen in die Lage versetzten, seiner Offenlegungs- und Wahrheitspflicht im Sinn des § 119 BAO vorbehaltlos nachkommen zu können. Eine Firma, bei der die Firmeninhaber oder Bedienstete im Verdacht stünden, sich der Abgabenhinterziehung in einem die gerichtliche Zuständigkeit begründenden Ausmaß sowie damit zusammenhängend des Amtsmissbrauches schuldig gemacht zu haben, genieße dieses Vertrauen nicht. Es könne der Finanzverwaltung auch nicht zugemutet werden, durch zusätzliche Kontrollmaßnahmen laufend zu prüfen, ob eine solche Firma korrekt arbeite, weil dadurch Personalressourcen, die für andere Aufgaben im Interesse der Wahrung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung benötigt würden, gebunden würden.

Schließlich bestünde die Gefahr, dass der Beschwerdeführer seine Eigenschaft als Finanzbeamter und seine Bekanntheit im Finanzamt X - aber auch bei anderen Dienststellen - dazu ausnütze, um für Abgabepflichtige, die Klienten der genannten OEG wären, zu intervenieren, möge eine solche Tätigkeit auch über den Aufgabenkreis eines gewerblichen Buchhalters hinausgehen. Bedienstete der Finanzverwaltung, an die er sich wendete, würden in solchen Fällen in Gewissenskonflikte geraten, weil es in der Natur zwischenmenschlicher Beziehungen liege, dass man Berufskollegen grundsätzlich Vertrauen entgegenbringe. Andererseits wäre im Hinblick auf die anhängigen Straf- bzw. Disziplinarverfahren, die ein Versagen im Kernbereich der dienstlichen Aufgaben indizierten, jegliche Kontaktnahme im dienstlichen Bereich zur Vermeidung einer allfälligen Befangenheit abzulehnen. Die Ausübung der beschriebenen Nebenbeschäftigung gefährde somit wesentliche dienstliche Interessen, sodass ihre Untersagung mit sofortiger Wirkung auszusprechen sei.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung, der die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid nicht stattgab.

In ihrer Begründung teilte die belangte Behörde nach Darstellung des Verwaltungsverfahrens und der Rechtslage die im Bescheid der Finanzlandesdirektion für Tirol vertretene Rechtsansicht. Die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung sei nicht von der Hand zu weisen. Kenntnisse, die aus der Tätigkeit in der Finanzverwaltung gewonnen worden seien, wären auch nach der Suspendierung vorhanden und verwertbar. Wenn auch die dargestellten dem strafrechtlich relevanten Verdacht zugrunde liegenden Vorfälle öffentlich wahrgenommen worden wären, sei doch das Maß der Auswirkung dieser Publizität auf die Nebenbeschäftigung nicht messbar. Dagegen sei der Umstand, dass Finanzbedienstete eine Firma, deren Geschäftszweig darin bestehe, gewerbliche Buchhaltung zu führen, sehr wohl bei den Erwägungen betreffend das Drohen einer Wettbewerbsverzerrung zu berücksichtigen gewesen.

Laut Feststellungen anlässlich einer abgabenrechtlichen Umsatzsteuerprüfung der in Rede stehenden Gesellschaft seien gegenüber ihren Klienten vom Beschwerdeführer und seinem Partner Rechnungen für buchhalterische Tätigkeiten gelegt worden. Daraus sei ableitbar, dass "in der Zwischenzeit während des anhängigen Berufungsverfahrens im Rahmen der eingetragenen Firma" Tätigkeiten entfaltet worden seien. Durch diese - durch den angefochtenen Bescheid untersagte - Ausübung der Nebenbeschäftigung sei auch der Untersagungsgrund der Vermutung der Befangenheit erfüllt. Es könnte auf Grund der Art der im genannten Unternehmen auszuübenden Tätigkeit und deren Ähnlichkeit mit der bis zur Suspendierung ausgeübten Tätigkeit als Betriebsprüfer keineswegs ausgeschlossen werden, dass es bei der Ausübung der Nebenbeschäftigung zwangsläufig zu Kontakten mit Personen kommen könnte, gegenüber denen auch - bei Beendigung der Suspendierung - die Möglichkeit eines dienstlichen

Einschreitens gegeben sei. Wenn durch eine Ausübung der Nebenbeschäftigung eine Vermutung der Befangenheit für eine zukünftige Verwendung des Beamten begründet werden könnte, habe die Dienstbehörde eine solche Nebenbeschäftigung auch während der Dauer einer Suspendierung des Beamten vom Dienst zu untersagen. Obwohl zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung noch keine Tätigkeit im Bereich der Nebenbeschäftigung entfaltet worden sei, sei es der Finanzlandesdirektion nicht verwehrt, im Hinblick auf den ihr zur Kenntnis gelangten Beschluss des zuständigen Landesgerichtes zur Bewilligung der Eintragung der Firma die mit ihrem Geschäftszweig verbundene Tätigkeit prophylaktisch - also bereits vor Entfaltung dieser Tätigkeit - zu untersagen.

In der Formulierung des Spruches des angefochtenen Bescheides liege keine unzureichende Präzisierung der Unterlassungspflichten, weil im Konnex mit der untersagten Tätigkeit für die genannte OEG, deren Geschäftszweig eindeutig feststehe, eine inhaltlich ausreichende Bestimmbarkeit der unter einem untersagten gleichartigen Tätigkeiten gegeben sei. Der Berufung sei demnach ein Erfolg zu versagen gewesen.

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:

§ 56 Abs. 1 bis 3 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 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 machte.

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. ..."

Der angefochtene Bescheid erweist sich aus folgenden Gründen als inhaltlich rechtswidrig:

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, Zl. 90/12/0141, vom 23. April 1992, Zl. 92/12/0051, und vom 28. Juli 2000, Zl. 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 derartige 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 VVG 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" könnte 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 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 disziplinar 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 amtswegigen 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 (im Beschwerdefall also im Rahmen des bereits anhängigen Disziplinarverfahrens) zu veranlassen haben. Wegen der Subsidiarität des Feststellungsbescheides besteht in diesen Fällen jedenfalls kein öffentliches Interesse an einer gesonderten (amtswegigen) 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 dadurch, dass sie trotz der von ihr als erwiesen erachteten, zur Zeit der Erlassung des angefochtenen Bescheides bereits begonnenen Ausübung der Nebenbeschäftigung deren Unzulässigkeit nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 festgestellt hat, die Funktion des Feststellungsbescheides als subsidiären Rechtsbehelf verkannt. Dass der Beschwerdeführer die Nebenbeschäftigung zum Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides noch nicht begonnen hatte, ist in diesem Zusammenhang irrelevant.

Soweit der angefochtene Bescheid darüber hinaus eine gleichartige Tätigkeit "untersagt", folgt seine inhaltliche Rechtswidrigkeit aus der Unbestimmtheit dieses Ausspruches (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, ZI. 2004/04/0066). Der Inhalt des Spruchs umschreibt nämlich - auch im Zusammenhalt mit seinen Entscheidungsgründen betrachtet - nicht präzise den Tätigkeitsbereich, auf den er Bezug nimmt. Er ist so allgemein gehalten, dass nicht einmal mit Sicherheit beurteilt werden kann, ob die belangte Behörde - entsprechend der Anordnung des § 56 Abs. 2 BDG 1979 - auf den Inhalt der Tätigkeit (erwerbsmäßige Buchhaltung) abstellt. Ebenso wird nicht konkretisiert, was unter "jeder gleichartigen Tätigkeit" zu verstehen ist. Ein solcher Spruch wäre nur dann zulässig, wenn es einen konkreten Hinweis gäbe, dass der Beschwerdeführer eine ähnliche Tätigkeit auszuüben beabsichtige, wobei klar sein müsste, um welche Tätigkeit es sich handeln werde. Der Sinn eines hierüber ergehenden Feststellungsbescheides liegt nämlich darin, den Beamten vor einem drohenden Disziplinarverfahren zu bewahren.

Zur Vermeidung von Missverständnissen weist der Verwaltungsgerichtshof darauf hin, dass er an sich die Auffassung der belangten Behörde im Ergebnis teilt, dass die Tätigkeit des Beschwerdeführers für die OEG als Arbeitsgesellschafter ohne Bareinlage in der OEG, was jedenfalls nicht als bloße Innehabung gesellschaftsrechtlicher Vermögenswerte angesehen werden kann (die keine Nebenbeschäftigung wäre - vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Jänner 2000, ZI. 98/12/0095) eine unzulässige Nebenbeschäftigung ist.

Im Beschwerdefall liegt nämlich die - nicht nur theoretische -

Möglichkeit auf der Hand, dass der Beschwerdeführer gegen Unternehmer, für die er im Rahmen der genannten OEG die Buchhaltung zu führen beabsichtigte und von denen auch der Erfolg dieses Unternehmens abhängig wäre, dienstlich als Betriebsprüfer einschreiten und dabei u.a. die Richtigkeit der eigenen Arbeitsleistungen nachprüfen müsste. Die Führung der Buchhaltung durch einen hauptberuflich als Betriebsprüfer eingesetzten Beamten ist somit geeignet, die Vermutung der Befangenheit dieses Beamten hervorzurufen. Es kann nämlich bei einer solchen Nebenbeschäftigung zwangsläufig zu einer Überschneidung mit den Dienstpflichten als Betriebsprüfer kommen, die geeignet ist, Zweifel an der Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Amtsführung zu begründen und damit das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben zu schädigen.

Die Kollision mit aufrechten Dienstverpflichtungen wirkt auch während der Zeit der Suspendierung des Beschwerdeführers weiter, sodass diese der Feststellung der Unzulässigkeit, eine Nebenbeschäftigung auszuüben, nicht entgegensteht (vgl. zuletzt etwa das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2001, ZI. 2000/09/0144 = Slg. Nr. 15.548/A, mwN).

Aus den eingangs dargestellten Überlegungen war der angefochtene Bescheid jedoch gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich im Rahmen des geltend gemachten Aufwandes auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bereits geltenden VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 21. September 2005

**Schlagworte**

Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung  
Feststellungsbescheide Besondere Rechtsgebiete Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden  
und von Parteierklärungen VwRallg9/1 Inhalt des Spruches Allgemein Angewendete Gesetzesbestimmung Verhältnis zu  
anderen Materien und Normen Dienstrecht

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2003120200.X00

**Im RIS seit**

07.11.2005

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

© 2024 JUSLINE

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

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