

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/1/31 2000/09/0144

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 31.01.2001

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
19/05 Menschenrechte;  
24/01 Strafgesetzbuch;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;  
63/06 Dienstrechtsverfahren;

## Norm

AVG §38;  
BDG 1979 §105 Z1;  
BDG 1979 §112;  
BDG 1979 §123;  
BDG 1979 §125a Abs2;  
BDG 1979 §125a Abs3;  
BDG 1979 §125a;  
BDG 1979 §126 Abs2;  
BDG 1979 §126;  
BDG 1979 §56 Abs2;  
BDG 1979 §91;  
BDG 1979 §92 Abs1 Z4;  
BDG 1979 §95 Abs2;  
B-VG Art126;  
DVG 1984 §9;  
MRK Art6;  
StGB §159 Abs1 Z1;  
StGB §159 Abs1 Z2;  
StGB §161 Abs1;

VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Blaschek, Dr. Rosenmayr und Dr. Bachler als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Flendrovsky, über die

Beschwerde des Dipl. Ing. Dr. L in W, vertreten durch DDr. Rene Laurer, Rechtsanwalt in 1040 Wien, Gußhausstraße 2/5, gegen den Bescheid der Disziplinaroberkommission beim Bundesministerium für öffentliche Leistung und Sport vom 13. Juni 2000, Zl. 9/11-DOK/00,

1.) betreffend Antrag auf Unterbrechung des Disziplinarverfahrens gemäß § 38 AVG, und 2.) betreffend Disziplinarstrafe der Entlassung, zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Der Beschwerdeführer stand als Beamter des Rechnungshofes (Prüfungstätigkeit - Gebarungskontrolle hinsichtlich von Bauprojekten im Bereich der Straßen- und Bahnverwaltung) in einem öffentlich rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund.

Mit dem Disziplinarerkenntnis der Disziplinarkommission beim Rechnungshof vom 13. Dezember 1999 wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe

"(1) als Mitglied des Rechnungshofes seit Ende 1992 zumindest bis zum 3. August 1998 als de-facto-Geschäftsführer der E GmbH und der E GmbH & Co KEG, beide Bauprojektentwicklungsgesellschaften in W, an der Leitung und Verwaltung von auf Gewinn gerichteten Unternehmungen teilgenommen,

und dadurch gegen die sich aus Art. 126, zweiter Satz B-VG ergebende Dienstpflicht, wonach kein Mitglied des Rechnungshofes an der Leitung und Verwaltung sonstiger auf Gewinn gerichteter Unternehmungen teilnehmen darf, schuldhaft verstoßen,

und er hat

(2) als de-facto-Geschäftsführer der E GmbH und der E GmbH & Co KEG, welche Schuldnerinnen mehrerer Gläubiger waren, fahrlässig

A./ die Zahlungsunfähigkeit der genannten Gesellschaften insbesondere dadurch herbeigeführt, dass er diese mit zu geringem Eigenkapital führte, unverhältnismäßig Fremdmittel in Anspruch nahm und keine nennenswerten Umsätze tätigte, und zwar von Ende 1992 bis April 1995, und

B./ ab Juni 1995 zumindest bis zum 3. August 1998 in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der genannten Gesellschaften die Befriedigung von deren Gläubigern zumindest geschmälert, insbesondere dadurch, dass er neue Schulden einging und alte Schulden bezahlte,

und damit ein Verhalten gesetzt, das geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben zu beeinträchtigen und dadurch gegen die sich aus dem § 43 Abs. 2 BDG 1979 ergebende Dienstpflicht, wonach ein Beamter in seinem gesamten Verhalten darauf Bedacht zu nehmen hat, dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben erhalten bleibt, schuldhaft verstoßen.

Durch das in den Punkten (1) und (2) dargestellte Verhalten hat Ministerialrat Dipl.-Ing. Dr. L gegen seine ihm gemäß Art. 126, zweiter Satz B-VG und § 43 Abs. 2 BDG 1979 obliegenden Dienstpflichten schuldhaft verstoßen und damit Dienstpflichtverletzungen im Sinne des § 91 BDG 1979 begangen."

Es wurde gemäß § 92 Abs. 1 Z. 4 iVm § 126 Abs. 2 BDG 1979 die Disziplinarstrafe der Entlassung verhängt. Die Behörde erster Instanz stützte sich hierbei ausschließlich auf den Schuldspruch des Urteils des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 18. November 1998, GZ. 11 b E Vr 9299/98-25, und auf die diesem Schuldspruch zu Grunde liegenden gerichtlichen Tatsachenfeststellungen. Der gegen dieses Urteil gerichteten Berufung des Beschwerdeführers sei mit Entscheidung des Oberlandesgerichtes Wien vom 6. Juli 1999, Zl. x, nicht Folge gegeben worden. Somit sei das gerichtliche Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen. Demzufolge wurde der Beschwerdeführer gerichtlich für schuldig erkannt:

"Dipl.-Ing. Dr. L ist schuldig, er hat in W als de-facto-Geschäftsführer der E GmbH sowie der E GmbH & Co KEG, welche Schuldnerinnen mehrerer Gläubiger waren, fahrlässig

-

in der Zeit von Ende 1992 bis April 1995 die Zahlungsunfähigkeit der genannten Gesellschaften insbesondere dadurch herbeigeführt, dass er diese mit zu geringem Eigenkapital führte, unverhältnismäßig Fremdmittel in Anspruch nahm und keine nennenswerten Umsätze tätigte sowie

-

in der Zeit von Juni 1995 bis zum 18.11.1998 in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der genannten Gesellschaften die Befriedigung deren Gläubiger insbesondere dadurch zumindest geschmälert, dass er neue Schulden einging und Schulden bezahlte,

hiedurch das Vergehen der fahrlässigen Krida nach § 159 Abs. 1 Z. 1 und Z. 2 StGB als leitender Angestellter im Sinne des § 161 Abs. 1 StGB begangen und wird hierfür nach § 159 Abs. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von fünf Monaten sowie zum Ersatz der Kosten des Strafverfahrens verurteilt.

Gemäß § 43 Abs. 1 StGB wird diese Strafe unter Setzung einer dreijährigen Probezeit bedingt nachgesehen. Die Privatbeteiligten P AG sowie M werden mit ihren Ansprüchen gemäß § 366 Abs. 2 StPO auf den Zivilrechtsweg verwiesen."

Die Behörde erster Instanz gab die Begründung sowohl des erstinstanzlichen Urteils als auch des Berufungsurteils vollständig wieder. Infolge der Bindung an die mit rechtskräftigem Urteil festgestellten Tatsachen sei der Sachverhalt auch im Disziplinarverfahren hinreichend geklärt, weshalb gemäß § 125a Abs. 2 BDG 1979 von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Disziplinarsenat abgesehen werde. Die Behörde erster Instanz trat den Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach der Sachverhalt keinesfalls hinreichend geklärt sei, einerseits unter Hinweis auf die Bindung an die dem rechtskräftigen Urteil des Strafgerichtes zu Grunde gelegten Tatsachenfeststellungen entgegen. Andererseits stellten sich die übrigen Punkte im Vorbringen des Beschwerdeführers "als ein Gemenge von Vermutungen des Disziplinarbeschuldigten gegenüber dem Rechnungshof und wirtschaftlicher Bereiche bzw. von Vorgängen in dem mit GZ. 61/11- Dis/94 eingeleiteten und derzeit laufenden Verfahren bzw. zur rechtlichen Stellung der Disziplinarkommission dar". Zum Antrag auf Einbeziehung des gegenständlichen Verfahrens in das zu GZ. 61/11-Dis/94 eingeleitete Disziplinarverfahren merkte die Behörde erster Instanz an, dass das BDG 1979 keine Bestimmung enthalte, welche die Behörde zur Verbindung mehrerer Verfahren gegen denselben Beschuldigten bestimme. Dem Disziplinarbeschuldigten stehe kein subjektives Recht auf Verbindung verschiedener Tatvorwürfe zu einem gemeinsamen Verfahren zu. Zudem sei auf die beiden Disziplinarverfahren das BDG 1979 in verschiedenen Fassungen anzuwenden. Das mit GZ. 61/11- Dis/94 eingeleitete Verfahren befinde sich im Stadium der mündlichen Verhandlung, der Zeitpunkt des Abschlusses dieses Verfahrens sei wegen der Durchführung eines "umfangreichen Beweisverfahrens" nicht abschätzbar. Verfahrensrechtliche Hindernisse stünden auch nach der Lehre der Verbindung mehrerer Verfahren entgegen.

Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Art. 126 B-VG und einschlägige Literatur stehe an Hand der gerichtlichen Feststellungen fest, dass der Beschwerdeführer maßgeblich an der Leitung und Verwaltung der Unternehmungen E GmbH und E GmbH & Co KEG teilgenommen habe, wobei es sich bei den Gesellschaften "um auf Gewinn gerichtete Unternehmungen gehandelt habe".

Es sei ohne Belang, ob der Beschwerdeführer seine Tätigkeit als Nebenbeschäftigung gemeldet habe und ob die Ende August 1994 erfolgte Untersagung rechtswirksam sei, weil der Beschwerdeführer als Beamter des Rechnungshofes im höheren Dienst den Inhalt des Art. 126 zweiter Satz B-VG habe verstehen müssen und die Pflicht zur Unterlassung einer nach dieser Norm verbotenen Nebenbeschäftigung auch unabhängig von einem nicht konstitutiven Feststellungsbescheid bestehe.

Dem Einwand des Beschwerdeführers, dass er als suspendierter Beamter (also nach dem 30. August 1994) die ihm vorgeworfenen Dienstpflichtverletzungen gar nicht hätte begehen können, hielt die Behörde erster Instanz entgegen, dass durch die Suspendierung lediglich "die Pflichten für den suspendierten Beamten aufgehoben" seien, "die sich auf die unmittelbaren Amtstätigkeiten bezögen, wie die Einhaltung der Dienstzeit usw". Alle anderen Pflichten träfen den Beamten trotz seiner Suspendierung weiterhin.

In der Folge bejahte die Behörde erster Instanz einen disziplinarischen Überhang. Sie gelangte zum Ergebnis, dass sowohl

die unter Spruchpunkt 1 als auch die unter Spruchpunkt 2 zur Last gelegten Fehlverhalten Dienstpflichtverletzungen darstellten, die insbesondere auf Grund ihrer objektiven Schwere jeweils die Untragbarkeit des Beschwerdeführers für den Dienst im Rechnungshof zur Folge hätten, weshalb die Disziplinarstrafe der Entlassung zu verhängen sei.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung. Mit einem weiteren Schriftsatz beantragte der Beschwerdeführer, das Disziplinarverfahren möge bis zum Vorliegen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes über die Vorstellung gegen den Mandatsbescheid vom 1. September 1994, mit dem die Ausübung einer Nebenbeschäftigung untersagt wurde (bzw. Vorliegen eines Verwaltungsgerichtshof-Erkenntnisses über den im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren allenfalls darüber ergehenden Bescheid), gemäß § 38 AVG unterbrochen werden.

Die belangte Behörde erließ sodann den nunmehr angefochtenen Bescheid, dessen Spruch lautet:

1.) Dem Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens wird gemäß § 38 AVG iVm § 105 BDG 1979 nicht stattgegeben.

2.) Der Berufung wird keine Folge gegeben und das angefochtene Disziplinarerkenntnis gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 105 BDG 1979 mit der Maßgabe bestätigt, dass die im Spruchpunkt (1) angeführte Dienstpflichtverletzung zusätzlich dem Tatbestand des § 56 Abs. 2 BDG 1979 unterstellt wird.

3.) Dem Beschuldigten aufzuerlegende Verfahrenskosten sind im Berufungsverfahren nicht erwachsen.

4.) Gemäß § 128 Abs. 1 BDG 1979 wird der Inhalt dieses Disziplinarerkenntnisses von der Veröffentlichung ausgeschlossen."

Zu Spruchpunkt 1.) begründete die belangte Behörde im Wesentlichen, dass die Frage des Bestandes des Dienstrechtsmandates vom 1. September 1994, mit dem dem Beschwerdeführer die hier in Rede stehende Nebenbeschäftigung untersagt worden sei, keine präjudizielle Rechtsfrage darstelle. Gegenstand des dienstrechtlichen Vorstellungsverfahrens (Ermittlungsverfahrens) sei die (Tatsachen-) Frage nach der Art der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers im Rahmen seiner Unternehmungen, um der Dienstbehörde die Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit dieser Nebenbeschäftigung zu ermöglichen. Diese Tatsachenfrage der Art der Nebenbeschäftigung sei durch die Tatsachenfeststellungen im gerichtlichen Strafverfahren rechtskräftig beantwortet worden. Das dienstrechtliche Ermittlungsverfahren könne deshalb zu keiner anderen Tatsachenfeststellung gelangen.

Zum Verständnis des Art. 126 B-VG und den gerichtlichen Tatsachenfeststellungen schloss sich die belangte Behörde den Darlegungen der Behörde erster Instanz an. Auch die "de-facto-Geschäftsführung" stelle eine Teilnahme an der Leitung und Verwaltung von im zweiten Satz des Art. 126 B-VG genannten Unternehmungen dar. Es komme nicht auf die formelle (eingetragene) Bestellung als Geschäftsführer an, sondern auf die tatsächliche (wirtschaftliche) Einflussnahme des Rechnungshofbeamten in den Unternehmen.

Dem Berufungsvorbringen, es handle sich bei den Unternehmungen E GmbH und E GmbH & Co KEG nicht um auf Gewinn gerichtete Unternehmungen, hielt die belangte Behörde entgegen:

"Gemäß § 6 HGB ist die GmbH ein Formkaufmann kraft Rechtsform. Kaufmann ist gemäß § 1 HGB jemand, der ein Handelsgewerbe betreibt. Die GmbH betreibt daher ein Handelsgewerbe und ist auch steuerlich ein Gewerbebetrieb (selbständige, nachhaltige Betätigung mit Gewinnabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr). Dies trifft auch dann zu, wenn das Gewinnstreben nur eine Nebenabsicht darstellen sollte.

Der Beschuldigte hat mit der GmbH somit bereits eine Rechtsform gewählt, die typischerweise auf die Ausübung eines Gewerbes gerichtet ist.

Gemäß § 1 Abs. 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO) wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; hiebei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

Das Produzieren von Verlusten ist für die Qualifikation der Gewinnerzielung rechtlich unbeachtlich. Es kommt lediglich auf die Absicht an, durch die Tätigkeit Gewinne zu erwirtschaften, damit eine Unternehmenstätigkeit als Ausübung von Gewerbe qualifiziert werden kann.

Gewinn ist gemäß § 4 EStG der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres. Im vorliegenden Fall konnte aber ein solcher infolge der schlechten Geschäftsführung nicht ermittelt werden, vielmehr wurde das Kapital laufend geringer.

Eine Einstufung der KEG als selbständige Arbeit kann deshalb nicht Platz greifen, weil die Vermarktung eines Patentes das Ziel war. Im § 22 EStG ist die selbständige Arbeit taxativ aufgezählt. Die Tätigkeit eines Erfinders wird in diesem Zusammenhang als wissenschaftliche Tätigkeit einzustufen sein. Die Vermarktung eines Patentes fällt aber nicht unter wissenschaftliche Tätigkeit, vielmehr ist diese Tätigkeit auch bei der KEG als gewerbliche Tätigkeit einzustufen (VwGH 4.7.1995, 91/14/0199, 0200).

Wenn der Beschuldigte nunmehr darzustellen versucht, seine beiden hier in Rede stehenden Unternehmungen seien nie auf Gewinn gerichtet gewesen, so stehen diesem Vorbringen im Übrigen schon seine umfangreichen Berufungsausführungen entgegen, in denen er das Vorhandensein eines Gewinnpotentials darzustellen bestrebt ist, woraus eine Gewinnabsicht jedenfalls erhellt. Welche Leistungen der Beschuldigte an andere Firmen in Rechnung gestellt hat oder nicht oder welche noch nicht bezahlt wurden, ist für die hier in Rede stehende Frage der Gewinnabsicht nicht erheblich.

Da die Verwertung und Vermarktung der Erfindung des Beschuldigten in seinen beiden Unternehmungen die erfinderische Tätigkeit überwiegen, war somit im Sinne des zuletzt zitierten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes von einer gewerblichen Tätigkeit des Beschuldigten auszugehen. Die für einen Gewerbebetrieb erforderlichen Merkmale liegen sowohl hinsichtlich der E GmbH als auch der E GmbH & Co KEG vor (vgl. auch DORALT-RUPPE, Grundriß des österreichischen Steuerrechtes, Band I,

6. Aufl.)."

Die Anführung auch des § 56 Abs. 2 BDG 1979 betreffend die in Spruchpunkt (1) des erstinstanzlichen Disziplinarbescheides angeführte Dienstpflichtverletzung begründete die belangte Behörde wie folgt:

"Art. 126 B-VG stellt eine lex specialis zu § 56 Abs. 2 BDG 1979 dar.

Die hier in Rede stehende Nebenbeschäftigung des Beschuldigten erfüllt jedenfalls den dritten Tatbestand des § 56 Abs. 2 BDG 1979.

Die 'Gefährdung sonstiger wesentlicher dienstlicher Interessen' liegt im Vertrauensverlust der Allgemeinheit (insbesondere der zu prüfenden Stellen) in die sachliche und gesetzestreue Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben durch die Mitglieder des Rechnungshofes. Sowohl die Gefährdung der sachlichen und gesetzestreuen Aufgabenerfüllung durch Bedienstete als auch die Gefährdung des Vertrauens der Allgemeinheit darauf stellen nämlich ein solches wesentliches dienstliches Interesse iSd § 56 Abs. 2 BDG 1979 dar (VwGH 19.1.1994, 93/12/0092). Der von der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang geforderte Dienstbezug der Nebenbeschäftigung liegt nach den obigen Ausführungen auf der Hand.

Da es beim zweiten Untersagungstatbestand des § 56 Abs. 2 leg. cit. (im Gegensatz zum ersten Tatbestand) an einer normativen Bezugnahme auf den die Nebenbeschäftigung ausübenden Beamten mangelt, kann die Vermutung der Befangenheit auch dann eine Untersagung der Nebenbeschäftigung rechtfertigen, wenn diese Vermutung gar nicht in der Person des die Nebenbeschäftigung ausübenden Beamten, sondern in seinem dienstlichen Umfeld gegeben sein kann (vgl. die zuletzt zitierte Entscheidung des VwGH vom 19.1.1994). Dass eine solche konkrete Gefahr der Befangenheit bei den mit der Gebarungskontrolle hinsichtlich von Bauprojekten im Bereich der Straßen- und Bahnverwaltung befassten Mitgliedern des Rechnungshofes durch die Ausübung der Nebenbeschäftigung durch den Beschuldigten aber herbeigeführt wird, ist naheliegend, sodass vorliegendenfalls auch der zweite Untersagungstatbestand des § 56 Abs. 2 BDG 1979 als verwirklicht anzusehen ist.

Nach der gesetzlichen Regelung des § 56 Abs. 2 BDG 1979 sind Nebenbeschäftigungen, die einer der drei gesetzlichen Voraussetzungen widersprechen, grundsätzlich unabhängig von dem Motiv, aus dem sie ausgeübt werden, zu untersagen (VwGH 27.4.1987, 86/12/0243).

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat (VwGH 28.2.1996, 94/12/0109, betreffend die Untersagung einer Nebenbeschäftigung, m.w.N.) 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.

Dies deckt sich auch mit der den Beamten nach § 43 Abs. 1 BDG 1979 treffenden Verpflichtung, seine dienstlichen Aufgaben unter anderem treu und gewissenhaft zu erfüllen. Unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung (vgl. dazu näher Kucsko-Stadlmayer, Das Disziplinarrecht der Beamten, Seiten 213 ff, hier 215 f und 224 ff) wird damit 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 (VwGH 16.4.1997, 94/12/0345). Der Beschuldigte hat somit Art. 126 zweiter Satz B-VG iVm § 56 Abs. 2 BDG 1979 (zweiter und dritter Deliktsfall) verwirklicht."

Zum Vorliegen des Verschuldens betreffend die in Spruchpunkt (1) des erstinstanzlichen Bescheides genannte Dienstpflichtverletzung führte die belangte Behörde aus:

"Liegt eine im Sinne des § 56 Abs. 2 BDG 1979 unzulässige Nebenbeschäftigung vor, so hat der Beamte ihre Ausübung zu unterlassen; anderenfalls macht er sich disziplinar strafbar. Will der Beamte sicher gehen, dass es sich bei der von ihm ausgeübten Nebenbeschäftigung um keine verbotene handelt, so kann er einen Feststellungsbescheid der Dienstbehörde beantragen (§ 1 Abs. 1 Z. 12 DVV); die Pflicht zur Unterlassung einer gemäß § 56 Abs. 2 BDG 1979 verbotenen Nebenbeschäftigung besteht jedoch unabhängig von einem solchen - nicht konstitutiven - Feststellungsbescheid.

Fällt eine Nebenbeschäftigung unter die gemäß § 56 Abs. 2 BDG 1979 verbotenen Tätigkeiten, so ist damit über das Bestehen einer Meldepflicht gemäß § 56 Abs. 3 und 4 leg. cit. noch nichts ausgesagt; diese gilt - bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen - unabhängig davon, ob eine Unterlassungspflicht vorliegt oder nicht (vgl. KUCSKO-STADLMAYER, Das Disziplinarrecht der Beamten, 2. Aufl., Seiten 249 f). Eine Meldung seiner Nebenbeschäftigung bei der Dienstbehörde entbindet den Beamten somit nicht von einer eigenständigen Prüfung, ob eine Unzulässigkeit der Nebenbeschäftigung im Sinne des Gesetzes vorliegt.

Mit Dienstrechtsmandat vom 1.9.1994, dem Beschuldigten am 6.9.1994 zugestellt, hat der Rechnungshof als Dienstbehörde des Beschuldigten diesem die Ausübung seiner Nebenbeschäftigung untersagt. Spätestens ab diesem Zeitpunkt wusste der Beschuldigte somit, dass die Ausübung seiner Nebenbeschäftigung von der Dienstbehörde nicht geduldet wird. Das Faktum dieses Verbotes wurde vom Beschuldigten im Übrigen gar nicht bestritten.

Die Argumentation des Beschuldigten, es fehle auf seiner Seite jedenfalls jede Schuld; wäre eine Verbindung mit dem ersten Verfahren hergestellt worden, so wäre herausgekommen, dass er seine Tätigkeit mit Billigung des Rechnungshofes ausgeübt habe; die Unterlassung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung sei in diesem Zusammenhang rechtswidrig, ist im Hinblick auf die zu § 56 Abs. 2 BDG 1979 (als lex generalis zu Art. 126 B-VG) ergangene Rechtsprechung nicht zielführend.

Die Kenntnis der rechtlichen Grundlagen der eigenen Dienststelle kann von einem Akademiker erwartet werden. Einem höheren Beamten des Rechnungshofes ist - wie bereits die Disziplinarkommission in der Begründung des angefochtenen Disziplinarerkenntnisses schlüssig dargelegt hat - zumutbar, im Falle von Zweifeln an der Zulässigkeit seiner Nebenbeschäftigung vor deren Ausübung fundierte rechtliche Informationen einzuholen. Im Übrigen gehört die Kenntnis der verfassungsrechtlichen Unvereinbarkeitsregelung des Art. 126 B-VG zum Basiswissen eines Beamten des höheren Dienstes im Rechnungshof. Das in diesem Zusammenhang erstattete Vorbringen des Beschuldigten, der Bruch der Verfassung sei für ihn nicht leicht erkennbar gewesen, der Begriff der de-facto-Geschäftsführung finde sich nicht im Gesetzestext, sodass diese Qualifikation für ihn nicht leicht erkennbar gewesen sei, auch das Gericht habe einen Sachverständigen dazu gebraucht, dessen Gutachten jedoch angreifbar sei, ein Rechtsirrtum liege daher nahe, erscheint dem erkennenden Senat der Disziplinarkommission unglaubwürdig. Abgesehen davon, dass das Strafgericht den Sachverständigen nicht zur Beantwortung der Frage herangezogen hat, ob der Beschuldigte ein satzungsgemäßer Geschäftsführer oder ein de-facto-Geschäftsführer war, sondern insbesondere für die Frage der Höhe der Verluste der E GmbH und der E GmbH & Co KEG in den einzelnen Wirtschaftsjahren und zur Frage der Höhe des letztlichen Gläubigerschadens, ist darauf zu entgegnen, dass ein Beamter des Rechnungshofes, der die Ausübung einer Nebenbeschäftigung der gegenständlichen Art beabsichtigt, von vornherein besonders vorsichtig sein, mit Bedacht vorgehen und sich vor der Aufnahme einer solchen Tätigkeit besonders gut informieren muss.

Gemäß § 91 BDG 1979 ist der Beamte, der schuldhaft seine Dienstpflichten verletzt, nach diesem Abschnitt (d.h. des 9. Abschnittes des Gesetzes) zur Verantwortung zu ziehen.

Schuldhaft verletzt ein Beamter seine Pflichten nur dann, wenn er ihnen entweder vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt. Zur Feststellung einer Dienstpflichtverletzung gehört der Nachweis, der Beamte habe mit Bewusstsein (Wissen), pflichtwidrig zu handeln oder unter Außerachtlassung der gebotenen und zumutbaren Sorgfalt gegen seine ihm auferlegten Pflichten verstoßen.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschuldigte die hier in Rede stehende Dienstpflichtverletzung auch schuldhaft im Sinne des § 91 BDG 1979 begangen hat, wobei ab der Zustellung des Dienstrechtsmandates am 6.9.1994 jedenfalls bewusst fahrlässige Begehung anzunehmen ist. Für die Beurteilung der Frage der subjektiven Zurechenbarkeit einer Dienstpflichtverletzung wird nach der Rechtsprechung zu § 91 BDG 1979 auch fahrlässige Begehung als ausreichend angesehen. Die vom Beschuldigten in diesem Zusammenhang gerügte Unterlassung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor der Disziplinarkommission war aus den genannten Gründen nicht rechtswidrig."

Die Suspendierung sei der Verwirklichung des angelasteten Tatbestandes nicht entgegengestanden. Gerade eine Nebenbeschäftigung, die Anlass zur Einleitung gerichtlicher und disziplinarer Verfahren geboten habe, solle nicht während der Dauer dieser Verfahren weiter ausgeübt werden, um "Verdachtsbefürchtungen und Befangenheitsbefürchtungen auch für die Zukunft auszuschließen".

Zu Spruchpunkt (2) des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses führte die belangte Behörde - ausgehend vom Urteil des OLG vom 6. Juli 1999 - aus, im gegenständlichen Fall sei ein spezieller Funktionsbezug "in ausreichendem Maße gegeben", wie auch die Behörde erster Instanz bereits ausführlich begründet habe. Es sei ein disziplinarer Überhang gegeben. Hiezu begründete die belangte Behörde:

"Durch die Begehung der fahrlässigen Krida gemäß § 159 StGB in beiden Deliktsformen hat der Beschuldigte das Rechtsgut des fremden Vermögens - wenn auch fahrlässig, so doch - schwer verletzt, was auch zu einem beträchtlichen Gläubigerschaden führte. Zu den vornehmsten Aufgaben des Beschuldigten als Beamten des Rechnungshofes zählt die Erfüllung der Kontrollaufgaben, welche eine laufende und umfassende Prüfung und Beurteilung von Gebarungsfällen der der öffentlichen Finanzkontrolle unterliegenden Rechtsträger - darunter auch Unternehmungen - und damit auch des öffentlichen Vermögens schlechthin nach den Kriterien der Ordnungsgemäßheit, Gesetzmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit mit sich bringt. Diese Aufgabenstellung erfordert nicht zuletzt schon im Hinblick auf die Akzeptanz bei den Geprüften, aber auch insbesondere bei der Öffentlichkeit von den Beamten des Rechnungshofes ein besonders hohes Maß an Korrektheit bei persönlichen, finanziellen, steuerlichen und wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Stellt man dem hier zur Last gelegten Verhalten diesen Aufgabenbereich des Beschuldigten als Mitglied des Rechnungshofes gegenüber, so kann es bei vernünftiger Wertung aller Tatsachen des gegenständlichen Disziplinarfalles keinem Zweifel unterliegen, dass dieses außerdienstliche Verhalten (nicht unerhebliches Schuldenmachen, das zur Verurteilung wegen fahrlässiger Krida geführt hat) bei objektiver Betrachtung geeignet ist, das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben ernstlich in Zweifel zu ziehen."

Dem Argument des Beschwerdeführers, als de-facto-Geschäftsführer könne er nicht Schuldner sein und er könne nicht als de-facto-Geschäftsführer der GmbH zusätzlich Handlungen gesetzt haben, die gesondert als Handlungen bei der KEG verfolgt werden, sodass eine Verwirklichung des Straftatbestandes des § 159 StGB sowohl bei der GmbH als auch bei der KEG rechtlich unmöglich sei, hielt die belangte Behörde die Rechtskraft und Bindungswirkung des Strafurteils hinsichtlich der gegenständlichen Dienstpflichtverletzung (Feststellung der wirtschaftlichen Einheit) entgegen.

Zur Strafbemessung begründete die belangte Behörde, dass bereits das unter Spruchpunkt (1) des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses angeführte Verhalten des Beschwerdeführers dessen Untragbarkeit für den öffentlichen Dienst bewirkt habe. Der Beschwerdeführer habe das Vertrauen, dass der Dienstgeber in ihn gesetzt habe, zerstört, sodass nur mehr die Verhängung der Höchststrafe in Betracht komme. Wegen des außerordentlich schweren Vertrauensverlustes könne eine weitere Tragbarkeit des Beschuldigten für einen geordneten Dienstbetrieb nicht mehr angenommen werden.

Auch das in Spruchpunkt (2) des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses angeführte Fehlverhalten bewirke einen starken Vertrauensverlust und eine objektive Schädigung. Ein Bekanntwerden dieser Verurteilung wäre für das Ansehen des Rechnungshofes - vor allem bei den geprüften Stellen - fatal und würde einer unverantwortlichen Schädigung des Rechnungshofes gleichkommen. Dieses Fehlverhalten sei als Erschwerungsgrund (§ 93 Abs. 2 BDG 1979) heranzuziehen, was im Ergebnis auf die verhängte Disziplinarstrafe allerdings keine Auswirkung habe. Überdies verwies die belangte Behörde zusätzlich auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses, denen sie sich vollinhaltlich anschließe.

Die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten Milderungsgründe seiner wirtschaftlichen Lage, seiner Unterhaltspflichten, seiner disziplinarrechtlichen Unbescholtenheit, der ihm wiederholt gewährten Belohnungen für einzelne Prüfungstätigkeiten und seiner überdurchschnittlichen Leistungsbeurteilung (ab 3. Mai 1988) könnten den eingetretenen schweren Vertrauensverlust nicht aufheben oder soweit mindern, dass die Disziplinarstrafe der Entlassung nicht mehr rechtmäßig verhängt werden dürfe. Die in der Berufung angesprochene Möglichkeit einer Versetzung des Beschwerdeführers komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Rechnungshof nicht über nachgeordnete Dienststellen verfüge und Beamte der dienstrechtlichen Einstufung des Beschwerdeführers ausnahmslos mit Prüfungstätigkeiten betraut seien.

Abschließend begründete die belangte Behörde die Abstandnahme von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Wesentlichen mit der Bindung an das rechtskräftige Strafurteil, weshalb der Sachverhalt als geklärt anzusehen sei. Das Vorbringen, die Disziplinarkommission könne ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung die maßgebenden Umstände der Erschwerungs- und Milderungsgründe für die Strafbemessung iSd § 93 BDG 1979 nicht berücksichtigen, gehe aus den im Rahmen der Strafbemessung dargelegten Gründe ins Leere.

Gegen diesen Bescheid - nach den Beschwerdeaussführungen allerdings nur gegen dessen Spruchpunkte 1.) und 2.) - richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der belangten Behörde sowie Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides und dessen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zu Spruchpunkt 1.) des angefochtenen Bescheides:

Der Beschwerdeführer steht auf dem Standpunkt, dass die belangte Behörde als Vorfrage zu beurteilen gehabt hätte, ob das Dienstrechtsmandat, mit welchem ihm die Ausübung der Nebentätigkeit untersagt worden sei, rechtsgültig sei.

Der Beschwerdeführer verkennt, dass die belangte Behörde ausdrücklich begründet hat, die Frage des Vorliegens bzw. Weiterbestandes des Dienstrechtsmandates stelle keine Vorfrage dar, weil selbst für den Fall der Unwirksamkeit des Dienstrechtsmandates das Verhalten des Beschwerdeführers subjektiv vorwerfbar sei. Diese Ansicht der belangten Behörde ist, wie im Folgenden, insbesondere auf S. 22, näher dargelegt wird, nicht als rechtswidrig zu erkennen.

2. Zu Spruchpunkt 2.) des angefochtenen Bescheides:

2.1. Unterlassung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung:

§ 125a Abs. 2 und 3 BDG 1979 in der hier anzuwendenden

Fassung BGBl. I Nr. 123/1998 lauten:

"(2) Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Disziplinarsenat kann ungeachtet eines Parteienantrages Abstand genommen werden, wenn der Sachverhalt infolge Bindung an die dem Spruch eines rechtskräftigen Urteils eines Strafgerichtes oder eines Straferkenntnisses eines unabhängigen Verwaltungssenates zu Grunde gelegte Tatsachenfeststellung hinreichend geklärt ist.

(3) Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor der Disziplinaroberkommission kann ungeachtet eines Parteienantrages Abstand genommen werden, wenn

1.

die Berufung zurückgewiesen ist,

2.

die Angelegenheit an die erste Instanz zu verweisen ist,

3.

ausschließlich über eine Berufung gegen die Auferlegung eines Kostenersatzes zu entscheiden ist,

4. sich die Berufung ausschließlich gegen die Strafbemessung richtet oder

5. der Sachverhalt nach der Aktenlage in Verbindung mit der Berufung geklärt erscheint."

Die Erläuterungen (RV 1258 NR 20. GP) führen hiezu aus:

"Durch die BDG-Novelle BGBl. I Nr. 61/1997 wurde eine Reihe von Bestimmungen betreffend das Disziplinarverfahren geändert. Zur Verfahrenskonzentration wurde die Möglichkeit eröffnet, eine mündliche Verhandlung auch in Abwesenheit des Beschuldigten durchzuführen. Für die Disziplinaroberkommission wurde die Möglichkeit erweitert, von einer mündlichen Verhandlung abzusehen.

§ 125a Abs. 1 des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 in seiner neuen Fassung erweist sich jedoch insofern als klarstellungsbedürftig, als in jenen Fällen, bei denen der Sachverhalt infolge der Bindung an die dem Spruch eines rechtskräftigen Urteiles eines Strafgerichtes oder eines Straferkenntnisses eines unabhängigen Verwaltungssenates zu Grunde gelegte Tatsachenfeststellung hinreichend geklärt ist, sinnvollerweise überhaupt von einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden sollte. War nämlich der disziplinar relevante Sachverhalt bereits Gegenstand eines gerichtlichen Strafverfahrens oder eines verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens vor einem unabhängigen Verwaltungssenat - nur für diesen Fall ist die Tatsachenbindung angeordnet -, erscheint der Sachverhalt wohl ausreichend qualifiziert ermittelt. Die nochmalige Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die wiederum zu Verzögerungen führen kann, erscheint entbehrlich."

Der an sich schon klare, durch die Erläuterungen bestärkte Normtext bestimmt sohin, dass Abs. 2 leg. cit. für den Disziplinarsenat in jeder Instanz gilt, hingegen ist der Geltungsbereich des Abs. 3 leg. cit. auf das Verfahren vor der Disziplinaroberkommission eingeschränkt. Insofern der Beschwerdeführer die Rechtswidrigkeit der Unterlassung der mündlichen Verhandlung vor der Disziplinaroberkommission mit dem Argument rügt, es liege "kein einziger Fall des § 125a Abs. 3 BDG" vor, übersieht er, dass es hierauf nicht ankommt, wenn bereits § 125a Abs. 2 BDG, welcher auch für das Verfahren vor der Disziplinaroberkommission gilt, zur Anwendung gelangt.

Der Beschwerdeführer verweist darauf, dass die Garantien des Art. 6 MRK auch auf das Disziplinarverfahren gegen Beamte anzuwenden seien, wenn die Disziplinarstrafe der Entlassung ausgesprochen werde. Die von der belangten Behörde zitierte Rechtsprechung sei einerseits veraltet, andererseits betreffe sie minderschwere Disziplinarstrafen. Der Beschwerdeführer zitiert in diesem Zusammenhang zahlreiche Judikate des EGMR.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat den gegenwärtigen Stand seiner Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK auf Streitigkeiten betreffend das Dienstverhältnis von Beamten im Urteil seiner Großen Kammer vom 8. Dezember 1999 im Fall Pellegrin gegen Frankreich, Zl. 28541/95, wie folgt dargelegt:

"... erachtet der GH, dass er für die Entscheidung der Anwendbarkeit des Art 6 Abs 1 auf öffentlich Bedienstete, seien sie auf Dauer ernannt oder auf Grund eines Vertrages angestellt, von einem funktionellen Kriterium ausgehen muss, welches sich auf die Pflichten und Verantwortlichkeiten des Bediensteten gründet. Dabei muss er im Einklang mit Ziel und Zweck der Konvention von einer einschränkenden Auslegung der Ausnahmen von den Garantien, welche Art 6 Abs 1 bietet, ausgehen. (Z 64) Der GH merkt an, dass im öffentlichen Dienst jedes Staates bestimmte Stellen Verantwortlichkeiten mit sich bringen, die im Allgemeininteresse oder in der Teilnahme an der Ausübung von vom öffentlichen Recht übertragener Gewalt begründet sind. Die Inhaber solcher Stellen üben daher einen Teil staatlicher Souveränität aus. Der Staat hat deshalb ein legitimes Interesse, zu verlangen, dass für diese Bediensteten ein besonderes Band der Treue und der Loyalität (a special bond of trust and loyalty) besteht. Andererseits besteht in Bezug auf solche Stellen, für welche dieser Gesichtspunkt der 'öffentlichen Verwaltung' nicht gilt, kein solches Interesse. (Z 65) Der GH entscheidet daher, dass die einzigen Streitigkeiten, welche vom Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1 MRK ausgenommen sind, diejenigen sind, die von öffentlich Bediensteten betrieben werden, deren Pflichten für die besonderen Tätigkeiten des öffentlichen Dienstes insoweit typisch sind (whose duties typify the specific activities of

the public service) als Letzterer als der Beauftragte öffentlicher Gewalt auftritt, und für den Schutz der allgemeinen Interessen des Staates oder anderer staatlicher Behörden verantwortlich ist. Ein offensichtliches Beispiel solcher Tätigkeiten bieten die Streitkräfte und die Polizei. In der Praxis wird der GH in jedem Fall prüfen, ob die vom Bf innegehabte Stelle (im Licht der Art der Pflichten und Verantwortlichkeiten, die damit verbunden sind) eine direkte oder indirekte Teilnahme an der Ausübung von Gewalt, die durch öffentliches Recht übertragen wurde und an Pflichten, die bestimmt sind, die allgemeinen Interessen des Staates und anderer staatlicher Behörden zu schützen, mit sich bringt. Dabei wird der GH als Leitlinie Bedacht nehmen auf die Kategorien von Tätigkeiten und Stellen, welche die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung v 18. 3. 1988 und der EuGH aufgezählt haben. (Z 66) Demgemäß bewirken Streitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörden Angestellten, welche Stellen innehaben, die eine Beteiligung an der Ausübung von Befugnissen, die durch öffentliches Recht übertragen wurden, in sich schließen, nicht die Anwendung des Art 6 Abs 1, zumal der GH beabsichtigt, ein funktionelles Kriterium festzulegen (vgl Z 64 oben). Streitigkeiten bezüglich Pensionen kommen alle in den Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1, weil mit der Versetzung in den Ruhestand die Angestellten das spezielle Band zwischen ihnen und den Behörden zertrennen. Sie und a fortiori diejenigen, die durch sie berechtigt werden (those entitled through them), befinden sich dann in einer Situation, die exakt vergleichbar ist mit derjenigen von privatrechtlich Bediensteten, weil die besondere Beziehung von Treue und Loyalität, welche sie an den Staat bindet, aufgehört hat zu bestehen und der Bedienstete nicht mehr einen Teil der staatlichen Souveränität ausüben kann (vgl Z 65 oben). (Z 67)."

(zitiert nach ÖJZ 2000/13, MRK).

Beim Dienstposten des Beschwerdeführers als Prüfer des Rechnungshofes handelte es sich um den eines Beamten, der im Sinne dieser Rechtsprechung im Licht der Natur seiner Pflichten und Verantwortlichkeiten die Ausübung von Befugnissen öffentlichrechtlichen Charakters im Allgemeininteresse des Staates wahrzunehmen hatte, aus welchem Grund Art. 6 EMRK auf das vorliegende Disziplinarverfahren auch im Sinn der Rechtsprechung des EGMR nicht anzuwenden war.

Bei Richtigkeit der Ansicht sowohl der Behörde erster Instanz als auch der belangten Behörde, dass sich das dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verhalten zur Gänze aus den Tatsachenfeststellungen des gerichtlichen Strafurteils (der Beschwerdeführer bestreitet nicht die Rechtskraft des die Verurteilung des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 30. Juli 1999 bestätigenden Urteils des Oberlandesgerichtes Wien vom 6. Juli 1999, Zl. x) ableite, erfolgte die Unterlassung der Durchführung einer mündlichen Verhandlung (in beiden Instanzen) zu Recht, weil gerade für einen solchen Fall § 125a Abs. 2 BDG 1979 geschaffen wurde. Es wäre allerdings dann eine mündliche Verhandlung durchzuführen (gewesen), wenn diese Ansicht der belangten Behörde unrichtig wäre. Zur Beantwortung dieser - vorweg sei angemerkt: von der belangten Behörde richtig gelösten - Frage verweist der Verwaltungsgerichtshof auf die später unter 2.2. f folgenden Ausführungen.

Letztendlich steht der Beschwerdeführer auf dem Standpunkt, eine mündliche Verhandlung habe auch zur Erörterung der rechtlichen Subsumtion eines auf Grund der Tatsachenfeststellung des Strafgerichtes feststehenden Sachverhaltes sowie zur Erörterung zu erfolgen, ob ein disziplinarer Überhang vorliege, wie schwer die Schuld des Beschuldigten anzusehen sei und welche Strafe erforderlich sei. Insoweit er in diesem Zusammenhang erneut auf die Judikatur des EGMR zu Art. 6 MRK hinweist (und aus ihr das Recht auf rechtliches Gehör auch im gegenständlichen Fall ableitet), ist er auf die obige Behandlung dieses Themas zu verweisen. Die Beschwerde zeigt keine relevanten Umstände auf, insbesondere im Hinblick auf die Schuld des Beschwerdeführers, die er in einer Verhandlung hätte vorbringen können und die zur Abstandnahme von der Verhängung der schwersten Disziplinarstrafe hätten führen können. Zur Erörterung der - im Wesentlichen reine Rechtsfragen darstellenden - vom Beschwerdeführer aufgezeigten Themen ist aber nach § 125a Abs. 2 BDG 1979 die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht erforderlich.

2.2. Zur Bestätigung des Spruchpunktes (1) des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses:

Art. 26 B-VG lautet:

"Kein Mitglied des Rechnungshofes darf an der Leitung und Verwaltung von Unternehmungen beteiligt sein, die der Kontrolle durch den Rechnungshof unterliegen. Ebenso wenig darf ein Mitglied des Rechnungshofes an der Leitung und Verwaltung sonstiger auf Gewinn gerichteter Unternehmungen teilnehmen."

§ 56 Abs. 1 und 2 BDG 1979 lauten:

"(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 einer Befangenheit hervorruft oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährdet."

Der zweite Satz des Art. 126 B-VG geht auf einen Antrag des Verfassungsausschusses vom 3. Juni 1948 zurück (625 BlgNR 5. GP 1), welcher lautete:

"Die dem Rechnungshof zugefallene Aufgabe der Prüfung der verstaatlichten Unternehmungen, die in hervorragender Weise in den Wirtschaftsprozess eingeschaltet sind, machte es, um eine unbeeinflusste Kontrolle sicherzustellen, erforderlich, den mit Prüfungsaufgaben betrauten Mitgliedern des Rechnungshofes die Beteiligung an der Führung und Lenkung von auf Gewinn gerichteten Unternehmungen und damit die Einschaltung in den Wirtschaftsprozess zu untersagen. Diesen Absichten trägt die neue Fassung des Art. 126 Rechnung."

2.2.1. Zum Begriff Leitung und Verwaltung von Unternehmungen:

Der Beschwerdeführer bringt vor, aus dem gerichtlichen Strafurteil lasse sich nicht ableiten, dass er an der Leitung und Verwaltung der E. GmbH und E. GmbH & Co KEG teilgenommen habe. Aus dem Berufungsurteil gehe hervor, der Beschwerdeführer sei "leitender Angestellter der beiden Gesellschaften gewesen", damit habe er an der Leitung und Verwaltung nicht teilgenommen. Dies begründet der Beschwerdeführer mit Ausführungen, die er aus dem Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des Strafgesetzbuches ableitet. Dort werde nur ein "maßgeblicher Einfluss verlangt". Einen "maßgeblichen Einfluss kann aber auch jemand haben, der tatsächlich an der Leitung und Verwaltung überhaupt nicht teilnimmt, etwa weil der Geschäftsführer sich voreilend seinen vermeintlichen oder wirklichen Wünschen anpasst. Der de-facto-Geschäftsführer ist daher keinesfalls dem Art. 126 B-VG zu unterstellen".

Hengstschläger (in: Rechnungshofkontrolle (2000), Art. 126, Rz 5, mwN) führt aus:

"Nach Art. 126 B-VG ist den Mitgliedern des RH die Teilnahme an der 'Leitung und Verwaltung' von kontrollunterworfenen und auf Gewinn gerichteten Unternehmungen untersagt. Die Materialien sprechen von einer Beteiligung an der 'Führung und Lenkung' und geben damit zu erkennen, dass mit 'Leitung und Verwaltung' an eine Partizipation in der Geschäftsleitung gedacht war, also an Entscheidungskompetenzen, und nicht etwa an die bloße Mitgliedschaft im Aufsichtsrat oder an rein ausführenden Tätigkeiten ohne Gestaltungsmöglichkeit."

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ansicht des Beschwerdeführers zum "leitenden Angestellten" im Sinne des StGB überhaupt zutrifft, denn er verkennt den - auch der rechtlichen Zuordnung seiner Tätigkeit im Sinne des StGB, die aber hier nicht neuerlich zu prüfen ist, zugrundeliegenden und hier maßgeblichen - Inhalt der Tatsachenfeststellungen des ihn betreffenden Strafurteiles. Darin finden sich - wie bereits von der Behörde erster Instanz in deren Disziplinarerkenntnis sowie im angefochtenen Bescheid wörtlich wiedergegeben - Feststellungen, dass der Beschwerdeführer zB "für die Produkt- und Projektentwicklung, die Vermarktung und die Finanzierung zuständig" gewesen sei, "stets in die Entscheidungsfindung eingebunden" gewesen sei, "die wesentlichen Unternehmenstätigkeiten ... nur mit seinem Wissen bzw. in seinem Auftrag durchgeführt" worden seien, er im Wesentlichen für die Finanzierung zu sorgen gehabt habe und somit "alle wesentlichen wirtschaftlichen Entscheidungen entweder selbst traf oder entscheidend beeinflusste und für die Finanzierung beider Unternehmen sorgte".

Diese Feststellungen - die der Beschwerdeführer zwar auch inhaltlich bekämpft, was aber auf Grund der Bindungswirkung irrelevant ist - lassen keinen Zweifel offen, dass der Beschwerdeführer im Sinne des Art. 126 B-VG an der Leitung und Verwaltung der E. GmbH und der E. GmbH & Co KEG teilgenommen hat. Auch wenn der Beschwerdeführer vorbringt, ein de-facto-Geschäftsführer der E. GmbH könne nicht zusätzlich Handlungen gesetzt haben, die gesondert als Handlungen bei der E. GmbH & Co KEG verfolgt werden können, verkennt er den Inhalt des gerichtlichen Strafurteils, denn es geht darin nicht um Handlungen, die der Beschwerdeführer ausschließlich als de-facto-Geschäftsführer der GmbH & Co KEG gesetzt habe (nur darauf kann sich die aus dem Handelsrecht abgeleitete Ansicht des Beschwerdeführers beziehen), sondern um Handlungen, die der Beschwerdeführer als de-facto-Geschäftsführer einer der Unternehmungen mit infolge deren gesellschaftsrechtlichen und wirtschaftlichen Verflechtung entstandenen Auswirkung auch auf die andere Unternehmung gesetzt hat (vgl. neuerlich die im angefochtenen Bescheid auf Seite 13 zitierten Auszüge aus dem Gerichtsurteil).

## 2.2.2. Zur Bedeutung der Wortfolge "auf Gewinn gerichtet":

Hengstschläger (a.a.O., Rz 3) führt hierzu aus:

"Für die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Unternehmung 'auf Gewinn gerichtet' ist, lassen sich - in Ermangelung von Anhaltspunkten im B-VG, im RHG oder in den Materialien - die in Schrifttum und Judikatur herausgearbeiteten Kriterien zum korrespondierenden Tatbestand des § 1 Abs. 2 GewO dienstbar machen. Gemäß dieser Bestimmung wird eine Tätigkeit dann gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie - neben anderen Merkmalen - in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen. Dabei ist die Unentgeltlichkeit allein nicht geeignet, das Tatbestandsmerkmal der Gewinnerzielungsabsicht von vornherein auszuschließen (VwSlg. 13.921 A). Es genügt die Absicht, einen sonstigen, insbesondere auch bloß mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen."

In den Erläuterungen zu § 101 Luftfahrtgesetz (307 BlgNR 8. GP 37) wird ausgeführt, dass (gewerbsmäßige) Tätigkeiten zB dann nicht "auf Gewinn gerichtet sind ..., wenn sie nur gegen Ersatz der Selbstkosten erfolgen." Im Erkenntnis vom 5. November 1986, Zl. 85/13/0012, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass ein Gutsbetrieb oder auch ein Tierzuchtbetrieb, der in erster Linie dem Vergnügen und der Freizeitgestaltung des Eigentümers dient, nicht auf Gewinn gerichtet, sondern als Liebhaberei zu werten sei.

Das Erkenntnis vom 18. März 1992, Zl. 92/14/0019, enthält die Aussage, dass bei der Beurteilung der Frage, ob eine Einkunftsquelle vorliegt, in erster Linie die objektive Eignung zur Gewinnerzielung maßgebend und erst in zweiter Linie die Absicht des Steuerpflichtigen von

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

© 2025 JUSLINE

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

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