

TE Vwgh Erkenntnis 2000/1/26 98/12/0095

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.01.2000

Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
63/01 Beamten-Dienstrechtsgesetz;

Norm

AVG §37;
AVG §45 Abs2;
BDG 1979 §56 Abs2;
VwGG §41 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldner und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß, Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Ogris, über die Beschwerde des B in W, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Dr. Peter Ringhofer, Dr. Martin Riedl und Dr. Georg Riedl, Rechtsanwälte in Wien I, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 27. Februar 1998, Zl. 6243/127-II/4/98, betreffend Untersagung einer Nebenbeschäftigung, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 15.000,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Revierinspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund; seine Dienststelle war im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung der Gendarmerieposten Groß Siegharts, pol. Bezirk Waidhofen an der Thaya.

Nach den vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens hatte der 1989 am Gendarmerieposten Drosendorf, pol. Bezirk Horn, eingeteilte Beschwerdeführer mit 1. November 1989 folgende Meldung erstattet:

"Ich melde laut § 56 Abs. 3 des BDG 1979, dass ich mich an der Handelsgesellschaft n.b.R. meines Bruders, Wolfgang Buxbaum, finanziell beteiligt habe.

Durch diese Beteiligung ergeben sich keinerlei Ausschließungsgründe, welche im § 56 Abs. 2 des BDG 1979 angeführt sind.

Durch diese Beteiligung sind jedenfalls in den Jahren 1989, 1990 und 1991 keine nennenswerten Einkünfte zu erwarten.

Eine entsprechende Meldung wurde dem zuständigen Wohnsitzfinanzamt übermittelt.

Die Gesellschaft n.b.R. ist ausschließlich auf den Vertrieb von hochwertigen Audiogeräten und Musikinstrumenten ausgerichtet. Die Beteiligung ist rein finanzieller Natur und schließt lediglich ein Mitbestimmungsrecht meinerseits und eine beratende Funktion meines Bruders mit ein."

Ausgelöst durch strafrechtlich relevante Vorwürfe gegen den Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dieser Beschäftigung wurde dieser "für Zwecke der Feststellung der Berechtigung" der Ausübung dieser Nebenbeschäftigung am 25. Februar 1997 beim Bezirksgendarmeriekommando Waidhofen an der Thaya niederschriftlich einvernommen. Er gab hiebei Folgendes an:

"Der Firmenname ist 'Audio Company Buxbaum' und die Firma verhält sich in der Struktur wie die ursprünglich gemeldete HandelsGesbnR. Eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht wird in keinem Handelsregister eingetragen und stützt sich allein auf die Bestimmungen des ABGB. Diese gesellschaftlichen Vereinbarungen können mündlich oder schriftlich erfolgen. Zu den konkreten gesellschaftlichen Vereinbarungen und Gesellschaftern möchte ich im Hinblick auf ein gegen mich laufendes Finanzstrafverfahren keine Auskunft geben.

Die Firma beschäftigt sich mit dem Handel von Musikgeräten (HIFI-Geräten, Musikinstrumenten und deren Zubehör).

Der Standort der Firma ist Waidhofen an der Thaya, Schwabengasse Nr. 24. In den Kellerräumlichkeiten unseres Hauses befindet sich das Büro. Ein Lager für diverse Geräte befindet sich im Haus. Die Verkaufsgeschäfte werden ausschließlich von befugten Fachhändlern und Provisionären vorgenommen. Die Bestellungen langen per FAX sowie per Telefon ein und werden in der Regel über Speditionen ausgeliefert. Privatkunden werden von den Provisionären betreut. Provisionäre sind in der Regel selbstständig tätige Handelsvertreter oder geringfügig beschäftigte Personen mit Provisionsanspruch.

Die Provisionäre sind für Verkäufe in ganz Österreich berechtigt. Auch im Bezirk Waidhofen/Thaya werden über Provisionäre Waren von der Firma 'Audio Company Buxbaum' verkauft. Ein direkter Kontakt zu einem Endverbraucher oder Händler ist bei dieser Geschäftsabwicklung nicht erforderlich. Werbungen erfolgen in der Regel in Fachzeitschriften mit dem 'AUDIO COMPANY-LOGO'.

Zur ordnungsgemäßen Führung der Firma ist ein Gewerbeschein erforderlich.

Im Jahre 94 wurde zur vorhandenen Gewerbeberechtigung von Wolfgang Buxbaum (Bruder) eine weitere Gewerbeberechtigung von mir erworben, um meine Frau, Petra Buxbaum, verwendungsbezogen anstellen zu können. Nach der erforderlichen Zeit wurde die Gewerbeberechtigung mit 01.12.96 stillgelegt und meine Frau konnte aufgrund der verwendungsbezogenen Anstellung nun ihre ordnungsgemäße Gewerbeberechtigung erwerben.

Meine Gattin besitzt nun eine Gewerbeberechtigung für einen uneingeschränkten Handel.

Wie vorhin schon festgestellt, erfolgt die geschäftliche Tätigkeit nicht mit dem Endverbraucher, sondern mit den Provisionären, das sind in der Regel bis zu 10 Personen, die teils hauptberuflich oder nebenberuflich tätig sind.

Die Firma wurde und wird hauptsächlich von meiner Frau betrieben. Die Berechtigung zur alleinigen Führung erlangte sie mit dem Gewerbeschein im November 1996.

Von der Beteiligungsform (ABGB) aus gesehen, ist keine Änderung eingetreten. Zusätzlich erwarb ich im Jahre 1994, an das genaue Datum kann ich mich nicht erinnern, einen Gewerbeschein für einen uneingeschränkten Handel.

Glaublich im Jahre 94 oder 95 legte mein Bruder seinen Gewerbeschein aus beruflichen Gründen still.

Eine Nachtragsmeldung an das LGK bezüglich meiner Nebenbeschäftigung unterblieb, weil sich an meinem Tätigkeitsumfang nichts Grundlegendes änderte.

Mein Beteiligungsverhältnis zur ursprünglich gemeldeten Firma im Rahmen des ABGB ist unverändert."

Mit gleichem Datum wurde dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben, sich zu den Meldungen seines Gendarmeriepostens bzw. des Bezirksgendarmeriekommandos hinsichtlich strafgerichtlicher Vorerhebungen in Angelegenheit des Verdachtes der Urkundenfälschung auf Grund einer Anzeige des Finanzamtes Waidhofen an der

Thaya, bei dem ein Finanzverfahren nach § 33 des Finanzstrafgesetzes wegen ge- und verfälschter Fakturen laufe, die der Beschwerdeführer als Einzelunternehmer der genannten Firma zur Geltendmachung des Vorsteuerabzuges verwendet habe.

Dazu gab der Beschwerdeführer keine Stellungnahme ab.

Die Dienstbehörde erster Instanz entschied daraufhin mit Bescheid vom 17. Juni 1997 wie folgt:

"Es wird Ihnen jede Form der Beteiligung bzw. Mitarbeit an der Firma 'AUDIO COMPANY BUXBAUM' gemäß § 56 Abs 2 Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 mit sofortiger Wirkung untersagt.

Das Verbot der Nebenbeschäftigung bleibt auch bei einer allfälligen Änderung der Firmenbezeichnung bzw. des Firmennamens in gleichem Umfang aufrecht."

Zur Begründung wurde seitens der Dienstbehörde erster Instanz im Wesentlichen auf die Meldungen über ein laufendes Verfahren wegen eines Finanzvergehens und die Vorerhebungen wegen Urkundenfälschung sowie auf die Einvernahme im Ermittlungsverfahren, insbesondere hinsichtlich der Führung der genannten Firma, Bezug genommen und dann der Schluss gezogen, dass durch den Umstand, dass der Beschwerdeführer als im Exekutivdienst stehender Beamter zumindest einer gerichtlich strafbaren Handlung verdächtig sei und dadurch natürlich das öffentliche Ansehen der Exekutive geschwächt werde, nunmehr wesentliche dienstliche Interessen offensichtlich gefährdet seien, was zur spruchgemäßen Entscheidung geführt habe.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung, in der im Wesentlichen Mängel des Ermittlungsverfahrens und die rechtswidrige Anwendung des § 56 Abs. 2 BDG 1979 geltend machte, weil die Untersagung in der Art der Nebenbeschäftigung und in deren Dienstbezogenheit hätte begründet werden müssen; hierfür dürfe nicht ein konkretes Ereignis "quasi strafhalber" ausschlaggebend sein; im Übrigen habe auch diesbezüglich die Unschuldsvermutung zu gelten.

Auf Grund weiterer Erhebungen und Anlastungen wurde am 1. Oktober 1997 vom Bezirksgendarmeriekommando Waidhofen an der Thaya verdachtsweise folgender Sachverhalt an die Kriminalabteilung - Außenstelle Krems gemeldet:

"Der Beschwerdeführer soll angeblich im Juni 1996 den damals 21-jährigen Robert Kaiser aus 3813 Dietmanns, Hauptstraße Nr. 6, und den damals 24-jährigen Martin Hackenberger aus 1090 Wien, Marktgasse 4, in Uniform (er soll auch das Dienstauto dabei gehabt haben) vor dem Kaufhaus Marek in Gr Siegharts angesprochen und ein HiFi-Set mit Einbau in das Auto angeboten haben. Robert Kaiser war im Juni 1996 arbeitslos. RevInsp Buxbaum machte Robert Kaiser den Kauf einer HiFi-Anlage, ursprünglich angeblich zum Preis von S 150.000.-- schmackhaft. Er habe sich von Robert Kaiser ein leeres Formular unterschreiben lassen. Gleichzeitig habe RevInsp Buxbaum für Robert Kaiser mit Martin Hackenberger als Gutsteher einen Kreditantrag an die Mercurbank mit einem Nettokredit von S 235.068.-- und nach 156 Monaten mit S 375.189.-- gestellt (siehe beige geschlossene Kopie der Kreditgenehmigung).

Im Kreditantrag (eine Kopie liegt bei der Akte von Dr Kolb in Tulln, siehe angeschlossenen Aktenvermerk) habe RevInsp Buxbaum eine Anzahlung von S 65.000.-- durch Robert Kaiser vorgetäuscht und diesen auch als freien Mitarbeiter der Fa Audio Company Buxbaum angegeben. Robert Kaiser wollte Tage später vom Vertrag zurücktreten. Dies sei von RevInsp Buxbaum nicht anerkannt worden. Robert Kaiser übergab daraufhin die Sache an den Rechtsanwalt Dr Kolb in Tulln. Dieser erreichte eine Stornierung des Kredites. Roland Kaiser musste S 10.000.-- Stornogebühr und S 6000.-- für den Rechtsanwalt bezahlen. RevInsp Buxbaum verlangt angeblich eine Stornogebühr von ca S 100.000.-- und reduzierte die Forderung später auf S 30.000.--.

RevInsp Buxbaum ist daher verdächtig neuerlich eine Urkunde (Kreditantrag) verfälscht zu haben. Im Zusammenhang mit dem bereits laufenden Verfahren beim Bezirksgericht Waidhofen/Th drängt sich der Verdacht der Gewerbsmäßigkeit auf. Laut Auskunft der BH Waidhofen/Th hat RevInsp Buxbaum ein Handelsgewerbe nach § 124/11 GeWO 1994 erstmalig am 27.7.1994 angemeldet und dieses bis 31.11.1996 ausgeübt. Seit 1.12.1997 ruht das Gewerbe. Dafür hat am 25.11.1996 seine Gattin Petra Buxbaum das Gewerbe nach der gleichen Gesetzesstelle angemeldet.

Weiters besteht in der gegenständlichen Sache der Verdacht des überhöhten Preises der verkauften HiFi-Anlage. Das Auto des Kaiser habe etwa einen Wert von S 30.000.-- gehabt. Laut telefonischer Angabe des Vaters von Robert Kaiser habe die angebotene Anlage nur einen Wert von S 16.000.-- gehabt. Inwieweit § 154 StGB anzunehmen wäre kann erst durch genaue Erhebungen festgestellt werden.

RevInsp Buxbaum dürfte auch freier Mitarbeiter der Mercurbank sein. Eine Meldung einer diesbezüglichen Nebenbeschäftigung wurde von ihm nicht vorgelegt."

In dem hiezu eingeräumten Parteigehör vertrat der Beschwerdeführer die Auffassung, durch die neuen Vorwürfe sei wiederum keine Beeinträchtigung der dienstlichen Interessen bewiesen. Der Umstand, dass auf Grund einer Anzeige, die mehr als ein Jahr nach dem vorgefallenen Sachverhalt erstattet worden sei, die Kriminalabteilung Krems um Ermittlung ersucht worden sei, sei nicht geeignet, daran etwas zu ändern. Im Falle von "Ermittlungen" könne nicht einmal von der Einleitung eines Strafverfahrens gesprochen werden. Der Beschwerdeführer beanspruche daher für sich das Recht, bis zum Beweis einer strafbaren Handlung als unschuldig zu gelten. Da auch durch die Durchführung des ergänzenden Ermittlungsverfahrens keine Aussagen über die Beeinträchtigung dienstlicher Interessen durch seine Tätigkeit hätten gewonnen werden können, halte er seinen Antrag auf ersatzlose Aufhebung des erstinstanzlichen Bescheides aufrecht.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Berufung des Beschwerdeführers abgewiesen und der erstinstanzliche Bescheid vollinhaltlich bestätigt.

Zur Begründung wird nach Bezug auf den erstinstanzlichen Bescheid und die Berufung sowie nach Wiedergabe des § 56 Abs. 2 BDG 1979 und dem Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Untersagungstatbestand der Vermutung der Befangenheit im Wesentlichen ausgeführt:

Der Beschwerdeführer habe in seiner Berufung angegeben, dass die Dienstbehörde die Rechtslage gröblich verkannt habe, weil sie die Untersagung der Nebenbeschäftigung als Disziplinierungsmittel eingesetzt habe.

Nach der ursprünglichen Meldung der Nebenbeschäftigung durch den Beschwerdeführer vom 1. November 1989 sei in einem Aktenvermerk seines damaligen Abteilungskommandanten festgehalten worden, dass "die Beteiligung nur rein finanzieller Natur sei und lediglich ein Mitbestimmungsrecht und eine beratende Funktion gegenüber dem Bruder ausgeübt werden". In der mit dem Beschwerdeführer am 25. Februar 1997 aufgenommenen Niederschrift habe der Beschwerdeführer jedoch angegeben, dass sein Bruder im Jahre 1994 oder 1995 seinen Gewerbeschein stillgelegt habe und der Beschwerdeführer selbst den 1994 erworbenen Gewerbeschein schließlich mit 1. Dezember 1996 stillgelegt habe. Dies bedeute, dass der Beschwerdeführer ab 1994 bzw. 1995 bis Ende 1996 die Firma allein geführt habe. Wenn auch die Verkaufsgeschäfte ausschließlich durch befugte Fachhändler und Provisionäre vorgenommen worden seien, was insbesondere für den vorgenannten Zeitraum als nicht glaubwürdig zu qualifizieren sei, so hätte doch zumindest im Hinblick auf allfällige Gewährleistungsfälle angezweifelt werden müssen, dass kein Kontakt zu einem Endverbraucher oder Händler erforderlich sei. Diese Vermutung, dass der Beschwerdeführer entgegen seinen Behauptungen sehr wohl direkten Kontakt zu "Privatkunden" gehabt habe, werde durch das Erhebungsergebnis in der Angelegenheit Robert K. bestärkt. Laut Angaben von dessen Mutter Helga K. sei dieser in direktem geschäftlichen und nicht friktionsfreien Kontakt mit dem Beschwerdeführer gestanden. Doch selbst unter der Annahme, dass ausschließlich ein Kontakt zu befugten Fachhändlern sowie Handelsvertretern bzw. geringfügig Beschäftigten erforderlich sei, habe es sich hierbei um einen Personenkreis gehandelt, von dem der finanzielle Erfolg der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers abhängig sei und dem gegenüber es erforderlich werden könnte, dass der Beschwerdeführer als Exekutivdienstorgan in Vollziehung der Gesetze einschreiten müsste. Ausschlaggebend für die Untersagung der Nebenbeschäftigung sei nicht, dass eine tatsächliche Befangenheit eintrete, sondern es genüge, dass die Nebenbeschäftigung ihrer Natur nach die volle Unbefangenheit im Dienst beeinträchtige. Dies bedeute, es genüge bereits die Möglichkeit, dass durch die Nebenbeschäftigung Vermutungen in dieser Richtung hervorgerufen werden könnten. Da durch die vom Beschwerdeführer ausgeübte Nebenbeschäftigung zwangsläufig ein Kontakt mit Personen gegeben sei, denen gegenüber auch ein dienstliches Einschreiten des Beamten häufig notwendig sein könne und außerdem der finanzielle Erfolg der Nebenbeschäftigung von den Personen abhängig sei, gegenüber denen der Beschwerdeführer als Beamter dienstlich tätig zu werden habe, müsse die Nebenbeschäftigung im Sinne des § 56 Abs. 2 BDG 1979 untersagt werden.

Weiters würden durch die Nebenbeschäftigung auch wesentliche dienstliche Interessen des Dienstgebers verletzt. Die wesentlichen dienstlichen Interessen des Dienstgebers würden jedenfalls dann verletzt, wenn durch eine Nebenbeschäftigung der betroffene Beamte seinen Dienstpflichten zuwiderhandle. Besonders müsse § 43 BDG 1979 hervorgehoben werden, welcher normiere, dass der Beamte in seinem gesamten Verhalten darauf Bedacht zu nehmen habe, dass das Verhalten der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben erhalten

bleibe. Es sei also wesentliches dienstliches Interesse das Vertrauen der Bevölkerung in die sachliche Aufgabenwahrnehmung zu erhalten, insbesondere in einem derartig sensiblen Bereich, wie jenem der Sicherheitsexekutive, bei dem ein besonderes Maß an Vertrauen erforderlich sei. Dieses Vertrauen werde aber insbesondere geschädigt, wenn ein Gendarmeriebeamter der Verletzung eines Rechtsgutes verdächtigt werde, das zu schützen seine ureigenste Pflicht sei. Dadurch, dass gegen den Beschwerdeführer Vorerhebungen wegen des Verdachtes der Urkundenfälschung liefen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit seiner Nebenbeschäftigung stünden, sei ein wesentliches dienstliches Interesse gefährdet. Auch dadurch sei der Untersagungstatbestand erfüllt. Eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte sei nicht erkennbar.

Zu der behaupteten Verletzung des Parteigehörs im erstinstanzlichen Verfahren werde festgehalten, dass diese - sofern sie überhaupt bestanden habe - jedenfalls durch das Berufungsverfahren saniert worden sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes bzw. wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften begehrt wird.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt, eine Gegenschrift erstattet und die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer sieht sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht darauf, dass ihm eine Nebenbeschäftigung nicht nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 untersagt wird, obwohl keine gesetzlichen Untersagungsgründe vorliegen, durch unrichtige Anwendung der genannten Bestimmung sowie der Vorschriften über die Sachverhaltsermittlung, das Parteigehör und die Bescheidbegründung verletzt.

Der Beschwerdeführer macht weiters, was das Verbot der Beteiligung an der genannten Gesellschaft betrifft, einen Eingriff in das Eigentumsrecht und damit eine Grundrechtsverletzung (Art. 5 StGG und Art. 1 des 1. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention) ohne gesetzliche Deckung geltend. § 56 BDG 1979 stelle ausschließlich auf Betätigungen ab und dürfe keinesfalls eine Basis dafür geben, dem Beamten Beteiligungen in Gesellschaften welcher Art immer zu untersagen.

§ 56 BDG 1979, BGBl. Nr. 333, lautet auszugsweise:

"(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 Aufgabe behindert, die Vermutung einer Befangenheit hervorruft oder sonstige wesentliche dienstlichen 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.

..."

Der Beschwerde ist beizupflichten, dass § 56 BDG 1979 nur die Ausübung einer Beschäftigung außerhalb des Dienstes, nicht aber das bloße Innehaben von Vermögensrechten umfasst. Dies kommt auch in den diesbezüglichen Erläuternden Bemerkungen zum Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (vgl. Zach, Grenz-Verlag, Beamten-Dienstrecht, Anm. 4 zu § 56) zum Ausdruck, in denen der Begriff der "Beschäftigung" mit dem der "Tätigkeit" gleichgesetzt wird. "Es kann sich somit um erwerbsmäßige unselbstständige Tätigkeiten handeln (privatrechtliche Verträge), ferner um wirtschaftlich selbstständige Tätigkeiten und schließlich auch um nicht erwerbsmäßige Tätigkeiten." Der Begriff der Nebenbeschäftigung im Sinne des § 56 Abs. 1 BDG 1979 umfasst alle nur denkbaren Beschäftigungen eines Beamten außerhalb seines Dienstverhältnisses (im weiten Sinn), wobei nur erwerbsmäßige Nebenbeschäftigungen zu melden sind. Es muss auch nicht ein Beschäftigungsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinn vorliegen (vgl. Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Jänner 1994, Zl. 93/12/0092).

Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist aber die im Spruch des bestätigten erstinstanzlichen Bescheides verwendete Formulierung: "... jede Form der Beteiligung bzw. Mitarbeit ..."

durchaus gesetzeskonform so zu verstehen, dass unter dem Begriff "Beteiligung" im gegebenen Zusammenhang nicht

die Eigentumsverhältnisse an dem genannten Unternehmen, sondern die Beteiligung des Beschwerdeführers an der Führung, also eine Form der Mitarbeit, angesprochen ist. Es sind dem Beschwerdeführer demnach mit dem angefochtenen Bescheid nicht "Beteiligungen in Gesellschaften welcher Art immer" untersagt worden, sondern nur die Mitarbeit an der seit 1. Dezember 1996 angeblich hauptsächlich von seiner Gattin geführten Firma, die er einige Jahre vorher - ohne Meldung und ohne Genehmigung durch seine Dienstbehörde - offensichtlich allein geführt hatte.

Die belangte Behörde hat die Versagung der Nebenbeschäftigung auf das Vorliegen von zwei Versagungstatbeständen des § 56 Abs. 2 BDG 1979 gestützt, nämlich 1.) der Vermutung der Befangenheit (zweiter Versagungstatbestand) und 2.) der Gefährdung sonstiger wesentlicher dienstlicher Interessen (dritter Versagungstatbestand). Es genügt bereits das Vorhandensein eines Versagungstatbestandes, um die Untersagung zu rechtfertigen (vgl. beispielsweise das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Februar 1996, Zl. 94/12/0144, mwH).

1.) Zur Untersagung wegen Vermutung der Befangenheit:

Als Voraussetzung für die Untersagung einer Nebenbeschäftigung wegen Vermutung der Befangenheit ist insbesondere wesentlich,

1. ob die erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung unmittelbar im dienstlichen Aufgabenbereich des Beamten ausgeübt werden soll bzw.
2. ob bei einer solchen Nebenbeschäftigung zwangsläufig ein Kontakt mit Personen gegeben ist, gegenüber denen auch ein dienstliches Einschreiten des Beamten häufig notwendig sein kann, bzw.
3. ob der finanzielle Erfolg der Nebenbeschäftigung von den Personen abhängig ist, gegenüber denen der Beamte dienstlich tätig zu werden hat.

Die Vermutung der Befangenheit im Sinne des § 56 Abs. 2 BDG 1979 darf also nicht nur eine bloß abstrakt-denkmögliche sein, um die Untersagung einer Nebenbeschäftigung zu rechtfertigen, sondern muss vielmehr stichhaltig und auf den Erfahrungen des täglichen Lebens aufbauend begründet werden. Für die Untersagung einer Nebenbeschäftigung ist nicht notwendig, dass durch diese tatsächlich eine Befangenheit hervorgerufen wird; es muss nur die Gefahr der Befangenheit hinlänglich konkret sein (vgl. Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. November 1985, Slg. N. F. Nr. 11.942/A, sowie vom 19. Jänner 1994, Zl. 93/12/0092).

Zutreffend bringt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vor, dass der erstinstanzliche Bescheid überhaupt keine Angaben über seine Nebenbeschäftigung bzw. über irgendwelche Umstände, aus denen eine Überschneidung von Nebenbeschäftigung und seinem Dienst abzuleiten wäre, enthalte. Auch in der Begründung des angefochtenen Bescheides werde lediglich aus der Angelegenheit Robert K. der Schluss auf direkte Kundenkontakte gezogen. Daran anknüpfend meine aber die belangte Behörde, dass selbst unter ausschließlicher Annahme eines Kontaktes zu befugten Fachhändlern sowie Handelsvertretern bzw. geringfügig Beschäftigten der Versagungstatbestand gegeben sei, weil der Beschwerdeführer damit Kontakt zu einem Personenkreis habe, von dem der finanzielle Erfolg seiner Nebenbeschäftigung abhängig sei, und es erforderlich werden könnte, dass der Beschwerdeführer als Exekutivdienstorgan in Vollziehung der Gesetze gegen diese Personen einschreiten müsse. Diese Ausführungen bezeichnet der Beschwerdeführer wegen ihrer Allgemeinheit als völlig unverwertbar. Es sei nicht ersichtlich, welche "befugte Fachhändler" die belangte Behörde im Sinne habe. Die nächsten Fachhändler, mit denen eine Geschäftsverbindung bestehe, seien in Wien ansässig; die Geräte würden größtenteils von ausländischen Erzeugern direkt bezogen und diese seien sogar überwiegend in Übersee beheimatet. Gewiss sei es im Bereich des Möglichen, dass auch ein japanischer oder amerikanischer Unternehmer oder Unternehmensmitarbeiter nach Österreich komme. Dass er aber dabei auch noch in den Postenrayon von Groß Siegharts gelange und dort mit dem Beschwerdeführer als Gendarm zu tun bekomme, sei gewiss keine ernsthaft zu diskutierende Möglichkeit. Die diesbezügliche Wahrscheinlichkeit könne zwar für einen Wiener Fachhändler etwas größer anzusetzen sein, sei jedoch aber immer noch verschwindend gering und ohne Relevanz. Es verblieben daher die - maximal - zehn Provisionäre, bezüglich welcher überhaupt auch nur eine nähere Prüfung der Frage in Betracht komme, ob in Bezug auf sie eine Überschneidung von Dienst und Nebenbeschäftigung stattfinden könne. Auch das würde aber voraussetzen, dass die näheren Gegebenheiten klargelegt worden wären. Die belangte Behörde habe weder über den Standort des Unternehmens noch über Wohnsitze und Aufenthaltsorte der Provisionäre irgendwelche Feststellungen getroffen.

Damit fehle es gleichfalls an jeder Basis für die Annahme einer relevanten Überschneidungsgefahr der besagten Art. Zu diesem Mangel der Bescheidbegründung komme ein entsprechender Mangel des Ermittlungsverfahrens, weil über diese Gegebenheiten gar keine Erhebungen gepflogen worden seien.

Diesem Vorbringen kann die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Selbst wenn der Beschwerdeführer die Nichtmeldung einer Änderung seiner erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung zu vertreten haben wird und es in einem Fall - dessen entscheidenden Umstände aber im angefochtenen Bescheid hätten näher festgestellt werden müssen - zu direkten Kundenkontakten gekommen ist, stützt die belangte Behörde nach der Begründung des angefochtenen Bescheides die Untersagung wegen Vermutung der Befangenheit auf die Nahebeziehung des Beschwerdeführers als Exekutivdienstorgan zu befugten Fachhändlern, Handelsvertretern bzw. geringfügig Beschäftigten, von denen der finanzielle Erfolg des Beschwerdeführers abhängig sein soll. Dies hätte aber - wie die Beschwerde zutreffend vorbringt - durch nähere Ermittlungen dieser Nahebeziehungen geklärt werden müssen. Insbesondere hat es die belangte Behörde unterlassen, näher darzulegen, welche Tätigkeiten der Beschwerdeführer überhaupt im Rahmen seiner Nebenbeschäftigung typischerweise erbringt und wie sich die Geschäftsvermittlung üblicherweise abspielt. Bei der Feststellung des Inhaltes der Nebenbeschäftigung unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens eines Versagungstatbestandes nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 geht es darum, deren typische Struktur einschließlich der Schwerpunkte und deren Umfang zumindest in groben Zügen zu erfassen. Die Betätigung muss nicht bis ins Detail nachvollziehbar dargelegt werden. Unterlässt der Beamte, bei den von Amts wegen zu führenden Ermittlungen gehörig mitzuwirken, wird dies im Rahmen der freien Beweiswürdigung von der Dienstbehörde zu berücksichtigen sein. Erst nach Klärung dieses Sachverhaltes, an der der Beamte mitzuwirken hat, weil es sich um eine Angelegenheit seines persönlichen Lebensbereiches handelt, die in der Regel nur ihm bekannt sein wird, lässt sich die Frage hinlänglich beurteilen, ob der zweite Versagungstatbestand des § 56 Abs. 2 BDG 1979 in Betracht kommt oder nicht (vgl. auch in diesem Zusammenhang das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Februar 1996, Zl. 94/12/0144).

2.) Zur Untersagung wegen Gefährdung sonstiger wesentlicher dienstlicher Interessen:

Die belangte Behörde stützt ihre Entscheidung weiters auf den dritten Untersagungstatbestand des § 56 Abs. 2 BDG 1979.

Hiezu ist unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes festzuhalten, dass es auch bei Heranziehung dieses Tatbestandes einer näheren Klärung des maßgebenden Sachverhaltes, insbesondere der tatsächlich ausgeübten Nebenbeschäftigung, bedarf (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Februar 1996, Zl. 94/12/0144). Dieser Untersagungstatbestand wird dann erfüllt sein, wenn die Ausübung der Nebenbeschäftigung ihrer Art nach eine Gefahr für die aus der Rechtsordnung ableitbaren wesentlichen dienstlichen Interessen (die nicht bereits durch die ersten beiden Untersagungstatbestände des § 56 Abs. 2 BDG 1979 erfasst sind) darstellt. So wie beim zweiten Tatbestand des § 56 Abs. 2 BDG 1979 die Vermutung der Befangenheit genügt, also nicht der Nachweis von konkreten Befangenheitssituationen geführt werden muss, reicht beim dritten Tatbestand die Gefährdung solcher wesentlicher dienstlichen Interessen aus. Diese Gefährdung darf aber - ähnlich wie bei der Vermutung der Befangenheit - keine bloß hypothetische sein, sondern muss vielmehr unter Beachtung der Erfahrungen des täglichen Lebens und des dienstlichen Aufgabenbereiches des Beamten möglichst konkret dargelegt werden.

Eine durch die Nebenbeschäftigung bedingte Gefährdung der sachlichen und gesetzestreuen Aufgabenerfüllung durch Bedienstete wie auch die Gefährdung des darauf gerichteten Vertrauens der Allgemeinheit können ein solches wesentliches dienstliches Interesse im Sinne des § 56 Abs. 2 BDG 1979 darstellen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Jänner 1994, Zl. 93/12/0092). In diesem Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Einleitung eines Finanzstrafverfahrens gegen einen Beamten im Zusammenhang mit einer ansonsten zulässigen Nebenbeschäftigung, die in keinerlei offenkundigem Bezug zu der dienstlichen Tätigkeit dieses Beamten steht, für sich allein nicht für die Annahme der "Gefährdung sonstiger wesentlicher dienstlichen Interessen" im Sinne des § 56 Abs. 2 BDG 1979 ausreicht.

Die belangte Behörde sieht im Beschwerdefall die durch § 43 Abs. 2 BDG 1979 normierten dienstlichen Interessen, nämlich dass der Beamte in seinem gesamten Verhalten darauf Bedacht zu nehmen hat, dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben erhalten bleibt, dadurch verletzt, dass der

Beschwerdeführer im Zusammenhang mit seiner Nebenbeschäftigung durch Vorerhebungen wegen des Verdachtes der Urkundenfälschung der Verletzung eines Rechtsgutes verdächtigt wird, das zu schützen "seine ureigenste Pflicht ist".

Damit hat die belangte Behörde aber nicht hinreichend dargelegt, in welchem direkten oder mittelbaren Zusammenhang dieser strafrechtliche Vorwurf mit der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers steht. Der durch Vorerhebungen verdichtete Verdacht der Urkundenfälschung ohne Darlegung des konkreten Zusammenhanges dieses Deliktes mit der vom Beschwerdeführer ausgeübten Nebenbeschäftigung allein genügt den rechtlichen Anforderungen nicht.

Da die belangte Behörde bei beiden von ihr herangezogenen Untersagungstatbeständen den Sachverhalt in wesentlichen Punkten ungeklärt gelassen hat, war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b VwGG aufzuheben.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der PauschalierungsverordnungBGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 26. Jänner 2000

Schlagworte

Sachverhalt Mitwirkungspflicht Verschweigung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2000:1998120095.X00

Im RIS seit

20.11.2000

Zuletzt aktualisiert am

12.09.2009

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at