

# TE Vwgh Erkenntnis 1996/2/28 94/12/0144

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.02.1996

## Index

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

## Norm

AVG §37;  
AVG §39 Abs2;  
AVG §45 Abs2;  
BDG 1979 §43 Abs1;  
BDG 1979 §47;  
BDG 1979 §56 Abs2;  
VwGG §41 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Knell und die Hofräte Dr. Germ, Dr. Höß, Dr. Riedinger und Dr. Waldstätten als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Leitner, über die Beschwerde des R in XY, vertreten durch Dr. E, Rechtsanwalt in G, gegen den Bescheid des Bundesministers für Inneres vom 12. April 1994, Zi. 6243/80-II/4/94, 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 12.800,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer steht als Revierinspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund; er ist beim Gendarmerieposten XY tätig, wo er vor allem im Außendienst verwendet wird.

Mit Schreiben vom 12. Juli 1993 gab der Beschwerdeführer dem Landesgendarmeriekommando für Oberösterreich (LGK) bekannt, daß er in seiner dienstfreien Zeit der Beschäftigung als "privater Geschäftsvermittler" nachgehe und diese Beschäftigung seit 2. Mai 1993 (gewerbe)behördlich gemeldet habe.

Über Aufforderung des LGK führte das zuständige Bezirksgendarmeriekommando (BGK) weitere Ermittlungen durch. Laut schriftlichem Bericht des Bezirksgendarmeriekommandanten (ohne Datum; beim LGK am 6. August 1993

eingelangt) habe der Beschwerdeführer bei der BH Gmunden das Gewerbe "Warenpräsentation unter ständiger Betreuung seitens eines Auftraggebers" am 30. April 1993 angemeldet. Bei dieser Tätigkeit handle es sich um eine Vermittlungstätigkeit auf Provisionsbasis zwischen Käufern und Verkäufern; dem Beamten sei z.B. ein Verkäufer bekannt, der eine Schleifmaschine für einen Tischlereibetrieb im Wert von S 600.000,-- verkaufen wolle. Für den Fall des Verkaufes an einen Interessenten werde eine Provision vereinbart, die der Beamte sowohl vom Verkäufer als auch vom Käufer erhalte. Nach Angaben des Beschwerdeführers führe er auch Vermittlungsgeschäfte durch, wenn sich jemand informieren wolle, wo er die meisten Sparzinsen erhalte. Die Provision sei in diesem Fall von der Höhe der Einlage abhängig. Seine Einkünfte aus dieser Tätigkeit habe der Beschwerdeführer mit S 30.000,-- bis S 70.000,-- monatlich angegeben. Sein Kundenkreis setze sich aus seinem Bekanntenkreis im Raum XY zusammen. Weiters beziehe er seine Informationen über Käufer und Verkäufer aus Zeitungen und Zeitschriften. Eine Gewerbeberechtigung liege derzeit noch nicht vor, der Beamte habe aber darum angesucht. Abschließend äußerte sich der Zwischenvorgesetzte kritisch zur Ausübung dieser Nebenbeschäftigung: Schwierigkeiten beim Einschreiten mit potentiellen Käufern und Verkäufern seien durchaus denkbar. Abmahnungen statt Anzeigen seien vorstellbar, um nicht eines Vermittlungsgeschäftes verlustig zu gehen. Außerdem sei nicht mit Sicherheit auszuschließen, daß teilweise Anbahnungsgeschäfte in der Dienstzeit durchgeführt werden würden.

Mit Schreiben vom 23. August 1993 teilte das LGK dem Beschwerdeführer mit, laut Mitteilung des BGK handle es sich bei der Tätigkeit des Beschwerdeführers um Vermittlungsgeschäfte, bei denen sich die Kunden aus seinem Bekanntenkreis im Raum XY zusammensetzen. Weitere Informationen über Käufer und Verkäufer beziehe der Beschwerdeführer aus Zeitungen. Aufgrund dieser Ermittlungen sei die Untersagung dieser Nebenbeschäftigung wegen Unvereinbarkeit mit dem Gendarmeriedienst (Befangenheit) beabsichtigt.

In seiner Stellungnahme vom 28. August 1993 brachte der Beschwerdeführer vor, es sei vom BGK Gmunden eingehend über seine Tätigkeit als privater Geschäftsvermittler befragt worden. Der Inhalt des Schreibens (des BGK) sei ihm zwar nicht geläufig, er sei aber sicher, daß es objektiv verfaßt worden sei. Der beabsichtigten Untersagung halte er entgegen, daß er aufgrund seiner langjährigen Diensterfahrung mit den dienst- und privatrechtlichen Vorschriften vertraut sei, weshalb mit Sicherheit für seine weitere Dienstverrichtung keine Befangenheit zu erwarten sei. Die ständige Erweiterung des Bekanntenkreises eines Beamten käme auch der Gendarmerie zu gute.

Mit Bescheid vom 28. September 1993 stellte das LGK (als Dienstbehörde erster Instanz) die gemeldete erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung (privater Geschäftsvermittler) des Beschwerdeführers als unzulässig fest, weil sie die Vermutung der Befangenheit und die Beeinträchtigung wesentlicher dienstlicher Interessen i.S.d. § 56 Abs. 2 BDG 1979 hervorrufe. Nach Wiedergabe des Schreibens des BGK führte das LGK aus, es könne sich der Stellungnahme des Beschwerdeführers zur beabsichtigten Untersagung der Nebenbeschäftigung nicht anschließen. Der Beschwerdeführer übe seine erwerbsmäßige Nebenbeschäftigung zu einem wesentlichen Teil mit Kunden aus, die im Überwachungsbereich seiner Dienststelle bzw. im Bezirk Gmunden ihren Wohnsitz hätten. Dabei sei er im Hinblick auf seine Dienstverrichtung und auf ein mögliches Einschreiten gegen Personen, mit denen er geschäftlich verkehrte, insofern befangen, als er im vorhinein nicht wissen könne, gegen welche Personen er einschreiten müsse. Die Nebenbeschäftigung beeinträchtige nicht nur die Objektivität bei der Dienstverrichtung unvertretbar, sondern schränke auch wesentliche dienstliche Interessen in der Weise ein, daß der Beschwerdeführer viele Aktivitäten hinsichtlich der Geschäftsanbahnung mit seinen Kunden während der Dienstzeit entfalte und so seine dienstlichen Tätigkeiten vernachlässige.

In seiner Berufung rügte der Beschwerdeführer als Verfahrensmangel, die Stellungnahme des BGK sei ihm in Verletzung des § 8 Abs. 2 DVG nicht zur Kenntnis gebracht worden, sodaß er hiezu nicht hätte Stellung nehmen können. Was die aus seinem potentiellen Kundenstock i.V.m. seiner dienstlichen Tätigkeit abgeleitete Vermutung der Befangenheit betreffe, müsse diese nach der Judikatur stichhaltig und auf den Erfahrungen des täglichen Lebens aufbauend begründet werden. Demnach müsse eine besondere Nahebeziehung zwischen den konkreten Dienstpflichten des Beamten und seiner Nebenbeschäftigung bestehen. Eine solche Nahebeziehung bestehe jedoch in seinem Fall keineswegs. Zwischen ihm und seinen potentiellen Kunden bestehe in der Regel nur ein kurzer geschäftlicher Kontakt, der seine dienstliche Tätigkeit in keiner Weise berühre. Zwar sei es richtig, daß er nicht im vorhinein wisse, gegen welche Personen er dienstlich einschreiten müsse. Dies gelte jedoch für alle anderen Gendarmeriebeamten auch, gleichgültig, ob sie eine Nebenbeschäftigung ausübten oder nicht. Um etwaigen Interessenskollisionen zu begegnen, sei § 47 BDG 1979 (Befangenheitsregel) geschaffen worden. Außerdem schritten

Gendarmen im Regelfall immer zu zweit ein, sodaß auch eine Kontrolle durch einen anderen Beamten vorliege. Bei der Abwicklung von An- bzw. Verkäufen komme es zwischen dem Beschwerdeführer und seinen Kunden lediglich zu einem sehr losen Kontakt. Er sei auch nicht genötigt, bei der Geschäftsabwicklung Angaben zu seiner Person und seiner beruflichen Tätigkeit zu machen. Folge man dem erstinstanzlichen Bescheid konsequent, würde jedes Engagement eines Gendarmeriebeamten in einem Verein oder einer ähnlichen Organisation untersagt werden müssen. Woraus gefolgt werde, daß er seine Aktivitäten bei der Geschäftsanbahnung mit Kunden während der Dienstzeit entfalte und so seine dienstlichen Tätigkeiten vernachlässige, sei nicht nachvollziehbar. Jedenfalls seien dazu im Dienstrechtsverfahren keine Feststellungen getroffen worden; es handle sich bloß um Vermutungen. Bei richtiger Würdigung aller Umstände hätte die Behörde zum Ergebnis kommen müssen, seine Nebenbeschäftigung als privater Geschäftsvermittler verstöße nicht gegen § 56 Abs. 2 BDG 1979.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 12. April 1994 wies die belangte Behörde die Berufung des Beschwerdeführers ab. Nach Wiedergabe des bisherigen Verwaltungsgeschehens ging sie von folgendem Sachverhalt aus: Der Beschwerdeführer habe als Gendarmeriebeamter des GP XY im Bezirk Gmunden grundsätzlich Außendienst zu verrichten; er sei daher auch als Organ der Straßenaufsicht i.S.d. § 97 StVO tätig. Der Beschwerdeführer habe bei der Gewerbebehörde die "Warenpräsentation unter ständiger Betrauung seitens eines Auftraggebers" mit Standort in XY angemeldet. Sein Kundenkreis setze sich aus seinem Bekanntenkreis zusammen; weiters beziehe er Informationen über Käufer und Verkäufer aus Zeitungen und Zeitschriften. In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, die Vermutung der Befangenheit dürfe nicht bloß eine abstrakt-denkmögliche sein, um die Untersagung einer Nebenbeschäftigung zu rechtfertigen; sie müsse vielmehr stichhaltig und auf den Erfahrungen des täglichen Lebens aufbauend begründet sein. Eine tatsächliche Befangenheit sei nicht erforderlich, es genüge vielmehr, wenn die Gefahr hinlänglich konkret sei. Im Hinblick darauf, daß der Beschwerdeführer seine auf Provisionsbasis beruhende Nebenbeschäftigung (auch) in einem Gebiet ausübe, in dem er als Straßenverkehrsaufsichtsorgan dienstlich tätig sei, liege die Befangenheit i.S. der Judikatur (Hinweis auf VwSlg. Nr. 10331 A/1981 und 11.942 A/1985) auf der Hand, weil zumindest die Gefahr bestehe, daß er sich hinsichtlich seines dienstlichen Einschreitens in bezug auf einen Geschäftserfolg beeinflussen lassen könnte. Unabhängig davon sei der Beschwerdeführer in dem Gebiet, in dem er wohne und auch Dienst versehe, als Gendarmeriebeamter bekannt. Durch seine Nebenbeschäftigung könnte in der Bevölkerung der Eindruck erweckt werden, er sei in Ausübung seines Dienstes fallweise nicht völlig unbeeinflußt. Es sei nicht Aufgabe des Dienstgebers, jedem eine Nebenbeschäftigung ausübenden Beamten einen zweiten Beamten zur Vermeidung von allfälligen Befangenheiten beizugeben, zumal der Beschwerdeführer gegenüber einem jüngeren Beamten weisungsberechtigt wäre. Außerdem beziehe der Beschwerdeführer seinen Kundenkreis auch aus Zeitungsinseraten. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung seien bei Kauf- oder Verkaufsinseraten oftmals die Zeiten angegeben, während der der jeweilige Interessent zu erreichen sei. Kreuzten sich diese Zeitangaben mit seiner Dienstzeit könne nicht ausgeschlossen werden, daß er zumindest die erste Kontaktaufnahme auch während seiner Dienstzeit durchführe, sodaß auch wesentliche dienstliche Interessen gefährdet erschienen. Darüberhinaus könne auch nicht ausgeschlossen werden und entspreche es der allgemeinen Diensterfahrung, daß der Beschwerdeführer im Zuge solcher Geschäfte immer wieder auf seiner Dienststelle oder sonst während des Dienstes angerufen oder angesprochen werde, sodaß auch deshalb wesentliche dienstliche Interessen gefährdet seien.

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

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 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.

..."

Nach § 47 BDG 1979 hat sich der Beamte der Ausübung seines Amtes zu enthalten und seine Vertretung zu veranlassen, wenn wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, seine volle Unbefangenheit in Zweifel zu setzen. Bei Gefahr im Verzug hat, wenn die Vertretung durch ein anderes Organ nicht zugleich bewirkt werden kann, auch der befangene Beamte die unaufschiebbaren Amtshandlungen selbst vorzunehmen. § 7 des AVG und sonstige die Befangenheit regelnde Verfahrensvorschriften bleiben unberührt.

Gemäß § 43 Abs. 1 BDG 1979 ist der Beamte verpflichtet, seine dienstlichen Aufgaben unter Beachtung der geltenden Rechtsordnung treu, gewissenhaft und unparteiisch mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln aus eigenem zu besorgen.

Der Beschwerdeführer rügt unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, es liege ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 DVG vor, weil ihm die ablehnende Stellungnahme des Bezirksgendarmeriekommandanten bzw. der Versagungsgrund der Einschränkung wesentlicher dienstlicher Interessen erst mit der Zustellung des erstinstanzlichen Bescheides zur Kenntnis gelangt seien. Darauf habe er bereits in seiner Berufung hingewiesen, ohne daß die belangte Behörde auf diesen wesentlichen Verfahrensmangel eingegangen sei. Wäre ihm Gelegenheit zu einer Stellungnahme nach § 8 Abs. 2 DVG gegeben worden, hätte er durch ein zielführendes Vorbringen (wird näher ausgeführt) diese Behauptungen entkräften können.

Dem ist folgendes entgegenzuhalten:

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird die Verletzung des Parteiengehörs im Verfahren erster Instanz durch die mit Berufung gegebene Möglichkeit der Stellungnahme saniert, wenn dem Beschwerdeführer durch den erstinstanzlichen Bescheid das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens zur Kenntnis gebracht wurde (vgl. dazu die bei Ringhofer, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, I. Band unter E 47 und 48 zu § 37 AVG angeführte Judikatur). Der Beschwerdeführer hat eingeräumt, daß ihm die von ihm näher bezeichneten Tatsachen spätestens mit Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides in vollem Umfang bekannt geworden sind, weil sie Teil der Begründung dieses Bescheides waren. Er war daher nicht gehindert, bereits in seiner Berufung dagegen all das vorzubringen, was ihm zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig erschien. Stattdessen hat er sich in seiner Berufung mit dem bloßen Aufzeigen des von ihm gerügten Verfahrensmangels begnügt. Der von ihm geltend gemachte Verfahrensmangel liegt daher nicht vor.

Der Beschwerdeführer macht ferner unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften im wesentlichen bezüglich des zweiten Tatbestandes nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 geltend, es lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine besondere Nahebeziehung zwischen seinen Dienstpflichten und den Aufgaben seiner Nebenbeschäftigung vor, die zwangsläufige und wiederholte Überschneidungen nach sich zögen. Die Geschäftsbeziehungen zwischen ihm und allfälligen Kunden seien keineswegs intensiv: In der Regel bestehe nur ein loser Kontakt. Es sei nicht notwendig, daß er sich als Gendarmeriebeamter deklarieren müsse. Die strenge Auffassung der belangten Behörde müsse letztlich zum Abbruch jedes Kontaktes mit Personen führen, die in irgendeiner Weise mit Beamten des örtlichen Gendarmeriepostens zu tun hätten. Dies sei weder vom Gesetzgeber beabsichtigt noch von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gefordert. Tatsächlich auftretende Interessenskollisionen beim dienstlichen Einschreiten gegen persönlich bekannte Personen löse § 47 BDG 1979. Dem von der belangten Behörde dazu ausgeführtem und dem zusätzlich von ihr herangezogenen dritten Versagungstatbestand nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 hält der Beschwerdeführer entgegen, es sei ohnehin nicht möglich, alle Beamten während der Dienstzeit so lückenlos zu kontrollieren, daß diese nur dienstliche Gespräche führen. Die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen seien lediglich allgemeiner Natur und keineswegs stichhaltig und auf den Erfahrungen des täglichen Lebens aufbauend.

Die Beschwerde ist im Ergebnis berechtigt.

Die belangte Behörde hat die Versagung der Nebenbeschäftigung auf das Vorliegen von zwei Versagungstatbeständen gestützt, nämlich der Vermutung der Befangenheit (zweiter Untersagungstatbestand) und der Gefährdung sonstiger wesentlicher dienstlicher Interessen (dritter Versagungstatbestand). Es genügt bereits das Vorhandensein eines

Versagungstatbestandes, um die Untersagung zu rechtfertigen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 17. Jänner 1983, Zl. 82/12/0089, sowie vom 14. Jänner 1985, Zl. 84/12/0093 und die dort jeweils zitierte Vorjudikatur).

Die VERMUTUNG DER BEFANGENHEIT stützt die belangte Behörde auf die Gefährdung der objektiven Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben des Beschwerdeführers als Straßenaufsichtsorgan gegenüber Personen, die als seine Kunden in Betracht kommen, weil sie im Hinblick auf die Art seiner Nebenbeschäftigung (Vermittlung von Geschäften auf Provisionsbasis) einen Zusammenhang zur Dienstverrichtung als gegeben annimmt.

Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Nebenbeschäftigung aus diesem Grund schon dann unzulässig, wenn durch ihre Ausübung in der Bevölkerung der Eindruck geweckt werden könnte, daß der Beamte bei der Versehung seines Dienstes nicht völlig unbefangen ist. Das Gesetz will nämlich verhindern, daß ein Beamter aufgrund der Ausübung einer Nebenbeschäftigung in Situationen gerät, in denen seine Fähigkeit zur unparteiischen Entscheidung gehemmt sein könnte, und daß eine solche Beschäftigung dem von der dienstlichen Tätigkeit des Beamten berührten Personenkreis Anlaß gibt, an der Objektivität der Amtsführung Zweifel zu hegen (vgl. dazu z.B. die

hg. Erkenntnisse vom 18. März 1994, Zl. 92/12/0254, sowie vom 16. November 1994, Zlen. 93/12/0342 und 94/12/0189).

Soweit der auf § 47 BDG 1979 gestützte Einwand des Beschwerdeführers dahin zu verstehen ist, damit werde (schlechthin) die Anwendbarkeit des § 56 Abs. 2

zweiter Tatbestand ausgeschaltet, trifft diese Rechtsauffassung nicht zu: Denn der zweite Untersagungstatbestand nach § 56 Abs. 2 leg. cit. erfaßt bereits im Vorfeld des § 47 BDG 1979 Fallkonstellationen, die regelmäßig und typisch wegen der Nahebeziehung zwischen Nebenbeschäftigung und dienstlicher Tätigkeit die Vermutung einer Befangenheit hervorrufen: Damit aber soll § 56 Abs. 2 BDG zweiter Tatbestand gerade den tatsächlichen Eintritt vorhersehbarer Befangenheitssituationen verhindern, deren Lösung § 47 BDG 1979 vor Augen hat.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darf die Vermutung der Befangenheit i.S.d. § 56 Abs. 2 BDG 1979 nicht eine abstrakt-denkmögliche sein, um die Untersagung einer Nebenbeschäftigung zu rechtfertigen, sondern muß vielmehr stichhaltig und auf den Erfahrungen des täglichen Lebens aufbauend begründet werden. Demnach muß eine besondere Nahebeziehung zwischen den konkreten Dienstpflichten des Beschwerdeführers und der Nebenbeschäftigung bestehen. Zutreffend weisen beide Parteien im verwaltungsgerichtlichen Verfahren darauf hin, daß dem zweiten Untersagungstatbestand nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 nicht der Sinn unterstellt werden kann, jede Nebenbeschäftigung, die im Kontakt mit anderen Menschen besteht, zu untersagen (vgl. dazu z.B. die hg. Erkenntnisse vom 18. November 1985, Zl. 85/12/0145 = Slg. N.F. Nr. 11942 A; vom 12. Dezember 1988, Zl. 88/12/0144 sowie vom 18. März 1994, Zl. 92/12/0254).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage wäre es aber im Beschwerdefall geboten gewesen, durch nähere Ermittlungen diese Nahebeziehung zwischen der Nebenbeschäftigung und der Dienstverrichtung des Beschwerdeführers klarzustellen, zumal der Beschwerdeführer in seiner Berufung konkrete Einwendungen, die seine Nebenbeschäftigung betreffen, erhoben hat, mit denen sich aber die belangte Behörde nicht auseinandersetzt hat. Insbesondere hat es die belangte Behörde unterlassen näher darzulegen, wie sich die Geschäftsvermittlung durch den Beschwerdeführer typischerweise konkret abspielt (insbesondere Intensität der Kontakte zum Kunden von der Geschäftsanbahnung bis zum Geschäftsabschluß), welche Arten von Geschäften vermittelt werden, ob seine Kunden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nur in größeren zeitlichen Abständen seine Dienste in Anspruch nehmen oder ob auch häufigere Geschäftsverbindungen zu bestimmten Kunden gegeben sind bzw. angestrebt werden, welche Zeit die Vermittlungstätigkeit z.B. in einem Monat durchschnittlich in Anspruch nimmt, wie hoch die Provisionen (allenfalls aufgegliedert nach der Art des vermittelten Geschäftsabschlusses) sind usw.

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 sind, läßt sich die Frage hinlänglich beurteilen, ob der zweite Versagungstatbestand des § 56 Abs. 2 BDG 1979 in Betracht kommt oder nicht.

Zur Klarstellung weist der Verwaltungsgerichtshof darauf hin, daß es bei der Feststellung des Inhaltes der Nebenbeschäftigung unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens eines Versagungstatbestandes nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 darum geht, deren typische Struktur einschließlich der Schwerpunkte und deren Umfang in groben Zügen zu erfassen, nicht aber darum, die Betätigung bis ins Detail nachvollziehbar darzulegen. Unterläßt es der Beamte bei den

von Amts wegen zu führenden Ermittlungen überhaupt oder gehörig mitzuwirken, wird dies im Rahmen der freien Beweiswürdigung von der Dienstbehörde zu berücksichtigen sein. Die trotz Aufforderung durch mangelhafte Mitwirkung des Beamten nicht erlangten Informationen sind in diesem Fall in der Regel durch Schätzungen zu ersetzen; bei der nachprüfenden Kontrolle wird dabei neben der Frage, ob die Voraussetzungen für eine Schätzung gegeben waren, lediglich zu prüfen sein, ob ihr Ergebnis vertretbar ist, d.h. innerhalb der mit dieser Methode notwendigerweise verbundenen Toleranzgrenzen liegt.

Die belangte Behörde hat außerdem den dritten Untersagungstatbestand nach § 56 Abs. 2 BDG 1979 herangezogen. Die Beeinträchtigung SONSTIGER WESENTLICHER DIENSTLICHER INTERESSEN hat sie in der bei der Art der Nebenbeschäftigung, wie sie der Beschwerdeführer ausübt, gegebenen Möglichkeit, Geschäftskontakte zu potentiellen aus Inseraten bekannten Kunden während der Dienstzeit anzubahnen, und darüberhinaus in der von Kunden erfolgten Kontaktaufnahme zum Beschwerdeführer während seiner Dienstzeit erblickt.

Sind derartige Beeinträchtigungen aufgrund der Nebenbeschäftigung konkret zu befürchten (die bloße abstrakte Möglichkeit einer Kontaktaufnahme während der Dienstzeit genügt - entgegen der Auffassung der belangten Behörde - nicht), so rechtfertigt dies zweifellos die Untersagung der Nebenbeschäftigung nach dem dritten Tatbestand des § 56 Abs. 2 BDG 1979. Der Umstand, daß eine lückenlose Kontrolle des Beamten während seiner Dienstzeit nicht möglich ist, ist kein taugliches Argument gegen die Anwendbarkeit dieser Bestimmung. Gerade weil keine permanente Kontrolle des Beamten möglich ist, soll dieser Versagungstatbestand potentielle Gefahrensituationen, die in dieser Beziehung von einer Nebenbeschäftigung ausgehen können, von vornherein ausschalten.

§ 56 Abs. 2 BDG 1979 leistet insoweit einen "präventiven" Beitrag zur Beseitigung von Situationen, die ein Spannungsverhältnis zur Erfüllung von Dienstpflichten (hier: nach § 43 Abs. 1 BDG 1979) aufbauen können.

Jedoch bedarf die Heranziehung des § 56 Abs. 2 dritter Tatbestand BDG 1979 gleichfalls einer näheren Klärung des maßgebenden Sachverhaltes, insbesondere auch der tatsächlich vom Beschwerdeführer ausgeübten Nebenbeschäftigung (im obangeführten Sinn), hier insbesondere durch Ermittlung des Umfanges des durch Inseraten erworbenen Kundenstocks, der Art der Geschäftsanbahnung in diesen Fällen sowie der typischen Gestaltung der Dienstzeit des Beschwerdeführers.

Da die belangte Behörde bei beiden von ihr herangezogenen Untersagungstatbeständen den Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt ungeklärt gelassen hat bzw. Verfahrensvorschriften außer acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können, war der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 VwGG i.V.m. der gemäß ihrem Art. III Abs. 1 anzuwendenden Pauschalierungsverordnung des Bundeskanzlers BGBI. Nr. 416/1994. Das Mehrbegehrn betrifft Stempelgebühren für nicht vorzulegende bzw. überhöht vergebührte Beilagen (keine dritte Beschwerdeaufbereitung; Vorlage des angefochtenen Bescheides in einfacher Ausfertigung ausreichend; Vergebührung der Kopie des angefochtenen Bescheides pro Bogen).

## **Schlagworte**

Begründungspflicht Manuduktionspflicht Mitwirkungspflicht Sachverhalt Beweiswürdigung Sachverhalt  
Mitwirkungspflicht Verschweigung Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Materielle Wahrheit Sachverhalt  
Sachverhaltsfeststellung Mitwirkungspflicht freie Beweiswürdigung

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1996:1994120144.X00

## **Im RIS seit**

20.11.2000

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

© 2026 JUSLINE

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

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