

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

01.07.1998

Geschäftszahl

96/09/0373

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. Loibl, über die Beschwerde des Norbert H in S, vertreten durch Dr. Bernhard Krause, Rechtsanwalt in Wien I, Schottenring 23, gegen den Bescheid der Disziplinaroberkommission beim Bundeskanzleramt vom 2. Oktober 1996, Zl. 61/9-DOK/96, betreffend Verhängung der Disziplinarstrafe der Entlassung, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird im Umfang seines Schuld- und Strafausspruches wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von S 12.890,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der am 12. Juni 1964 geborene Beschwerdeführer stand als Revierinspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er war bis zu seiner Suspendierung der Sicherheitswache-Abteilung 5 (Margareten) im Bereich der Bundespolizeidirektion Wien zur Dienstleistung zugeteilt.

Mit dem im Instanzenzug ergangenen nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Disziplinarerkenntnis der belangten Behörde vom 2. Oktober 1996 wurde der Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe

1. in der Zeit von März 1994 bis einschließlich Juni 1994 eine fortgesetzte und erwerbsmäßige im Sinne des § 56 BDG 1979 unzulässige Nebenbeschäftigung als Portier bzw. Türsteher im Club "B", Wien, L Gasse 2, ausgeübt und der Dienstbehörde nicht gemeldet,

2. diese Nebenbeschäftigung auch während seines Krankenstandes in der Nacht vom 24. zum 25. Juni 1994 ausgeübt und

3. sich während der Zeit seiner Suspendierung vom Dienste vom 5. September 1994 bis 8. September 1994 im Ausland (Polen) aufgehalten, ohne die Verlegung seines Aufenthaltsortes vorher der Dienstbehörde zu melden bzw. ohne einen Urlaub zu beantragen.

Der Beschwerdeführer habe "dadurch Dienstpflichtverletzungen gemäß § 43 Abs. 1 und 2, 44 Abs. 1, 56 Abs. 2 und 3 BDG 1979 iVm § 91 BDG 1979 begangen". Wegen dieser Dienstpflichtverletzungen verhängte die belangte Behörde über den Beschwerdeführer gemäß § 92 Abs. 1 Z. 4 in Verbindung mit § 126 Abs. 2 BDG 1979 die Disziplinarstrafe der Entlassung. Hingegen wurde der Beschwerdeführer "vom Anschuldigungspunkt 3 des erstinstanzlichen Erkenntnisses" gemäß § 126 Abs. 2 BDG 1979 freigesprochen.

Zur Begründung führte die belangte Behörde nach Darlegung des bisherigen Verfahrensverlaufes - soweit für das Beschwerdeverfahren relevant - im wesentlichen aus, die vom Beschwerdeführer ausgeübte Nebenbeschäftigung (als Portier bzw. Türsteher in einem vom Beschwerdeführer selbst als Bordell eingeschätzten Etablissement für ein Entgelt von täglich S 1.500,-- bis S 2.000,--) sei unvereinbar mit seiner dienstlichen Tätigkeit eines Exekutivbeamten im Außendienst. Diese Nebenbeschäftigung sei, der Bestimmung des § 56 Abs. 2 BDG folgend, geeignet gewesen, die Vermutung der Befangenheit des Beschwerdeführers hervorzurufen und sonstige wesentliche dienstliche Interessen zu gefährden. Der Beschwerdeführer habe es darüber hinaus unterlassen, die von ihm ausgeübte Beschäftigung der Dienstbehörde zu melden. Durch das unter Spruchpunkt 1 umschriebene Verhalten habe der Beschwerdeführer in subjektiver und objektiver Hinsicht die Dienstpflichten des § 56 Abs. 2 und 3 BDG 1979 verletzt. Des weiteren stelle sein Verhalten auch einen Verstoß

gegen die in § 43 Abs. 1 und 2 BDG normierten allgemeinen Dienstpflichten dar. Das unter dem Spruchpunkt 2 umschriebene Verhalten (Ausübung der Nebenbeschäftigung während des offiziell gemeldeten Krankenstandes) stelle eine Verletzung der Dienstpflichten nach § 43 Abs. 1 und 2 BDG 1979 dar. Hinsichtlich des unter Spruchpunkt 3 (bzw. Punkt 4 des erstinstanzlichen Disziplinarerkenntnisses) umschriebenen Verhaltens sei davon auszugehen, daß der im Bescheid über die vorläufige Suspendierung des Beschwerdeführers enthalten gewesene Hinweis als Weisung zu qualifizieren sei, mit der dem Beschwerdeführer die Befolgung der aus § 68 BDG 1979 sich ergebenden Verpflichtung, die Zeit der Inanspruchnahme von Erholungsurlaub durch die Dienstbehörde festlegen zu lassen, aufgetragen worden sei. Durch die Nichtbefolgung dieser Weisung habe der Beschwerdeführer die Dienstpflichten nach § 44 Abs. 1 BDG verletzt. Seine Verantwortung, er habe seine beabsichtigte Auslandsreise telefonisch der Abteilungskanzlei des Kommissariates Margareten gemeldet, könne als unerheblich dahingestellt bleiben. Die dafür beantragte Einvernahme des das Telefonat entgegennehmenden Beamten des Kommissariates habe daher als irrelevant abgewiesen werden können. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, die unter dem Punkt 1 angelastete Dienstpflichtverletzung sei als die schwerste im Sinne des § 93 Abs. 2 BDG 1979 zu werten, die weiteren Dienstpflichtverletzungen seien als erschwerend anzusehen. Im Hinblick auf den durch das im Schuldspruch angelastete Verhalten eingetretenen außerordentlich schweren Ansehens- und Vertrauensverlust könne die weitere Tragbarkeit des Beschwerdeführers nicht mehr angenommen werden, weshalb über ihn die Disziplinarstrafe der Entlassung zu verhängen gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid - nach dem gesamten Beschwerdeinhalt jedoch erkennbar nur im Umfang seines Schuld- und Strafausspruches - richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in dem Recht auf "disziplinarrechtliche Nichtbestrafung bzw. geringfügigere Bestrafung und auf Dienstausbildung als Beamter" verletzt. Er beantragt "das angefochtene Straferkenntnis" (damit erkennbar wohl gemeint:

den angefochtenen Bescheid im Umfang seines Schuld- und Strafausspruches) kostenpflichtig aufzuheben.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 91 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG 1979) ist der Beamte, der schuldhaft seine Dienstpflichten verletzt, nach dem 9. Abschnitt (Disziplinarrecht) dieses Gesetzes zur Verantwortung zu ziehen.

Im 6. Abschnitt des BDG 1979 (§§ 43 bis 61 über die Dienstpflichten der Beamten) wird hinsichtlich der "Allgemeinen Dienstpflichten" in § 43 Abs. 1 und 2 leg. cit. bestimmt, daß der Beamte verpflichtet ist, seine dienstlichen Aufgaben unter Beachtung der geltenden Rechtsordnung treu, gewissenhaft und unparteiisch mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln aus eigenem zu besorgen (Abs. 1) und 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 (Abs. 2).

Soweit nicht in anderen Rechtsvorschriften weitere Meldepflichten festgelegt sind, hat der Beamte gemäß § 53 Abs. 2 BDG 1979 seiner Dienstbehörde zu melden:

1. Namensänderung, 2. Standesveränderung, 3. jede Veränderung seiner Staatsbürgerschaft oder Staatsangehörigkeit(en),
4. Änderung des Wohnsitzes, 5. Verlust einer für die Ausübung des Dienstes erforderlichen Berechtigung oder Befähigung, der Dienstkleidung, des Dienstabzeichens und sonstiger Sachbehalte;
6. Besitz eines Bescheides nach § 14 Abs. 1 oder 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970.

Gemäß § 56 Abs. 1 BDG 1979 ist Nebenbeschäftigung jede Beschäftigung, die der Beamte außerhalb seines Dienstverhältnisses und einer allfälligen Nebentätigkeit ausübt.

Nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle darf der Beamte keine Nebenbeschäftigung ausüben, die ihn an der Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben behindert, die Vermutung seiner Befangenheit hervorruft oder sonstige wesentliche dienstliche Interessen gefährdet.

Der Beamte hat nach Abs. 3 leg. cit. 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 Beschwerdeführer bekennt sich hinsichtlich des ihm unter Spruchpunkt 1 und 2 angelasteten Verhaltens einer "Verfehlung gemäß § 56 BDG schuldig", er rügt aber, daß er insoweit zu Unrecht zusätzlich schuldig erkannt worden sei, die Dienstpflichten gemäß § 43 Abs. 1 und 2 BDG verletzt zu haben. Das unter Spruchpunkt 2 umschriebene Verhalten sei bereits unter Spruchpunkt 1 "zu subsumieren". Mit diesen Ausführungen ist der Beschwerdeführer im Ergebnis im Recht.

Zunächst ist festzustellen, daß der Spruch des angefochtenen Disziplinarerkenntnisses die gemäß § 59 Abs. 1 AVG in Verbindung mit § 105 BDG 1979 gebotene deutliche Fassung insoweit nicht aufweist, als dem Beschwerdeführer ohne Bezugnahme und Zuordnung zu dem mit den Punkten 1 bis 3 im Spruch umschriebenen Verhalten pauschal vorgeworfen wurde, er habe "dadurch" die in Form einer Aufzählung von Gesetzesstellen bezeichneten Dienstpflichten verletzt. Solcherart kann dem Spruch des angefochtenen Bescheides aber nicht

ausreichend deutlich entnommen werden, welche Dienstpflichten der Beschwerdeführer durch welches der in den Punkten 1 bis 3 umschriebenen Verhalten verletzt haben soll. Erst aus der Begründung des angefochtenen Bescheides geht letztlich hervor, welche Dienstpflichtverletzungen dem Beschwerdeführer in Ansehung der im Spruch umschriebenen Anschuldigungen konkret vorgeworfen werden. Diese demnach rechtswidrige Gestaltung des Bescheidspruches führt im vorliegenden Fall zwar noch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides, sie erschwert die Überprüfung dieses Bescheides aber in unnötiger Weise.

Die im § 43 Abs. 1 und 2 BDG 1979 geregelten Pflichten zur Aufgabenerfüllung (Abs. 1) und zur Vertrauenswahrung (Abs. 2) sind allgemeine Dienstpflichten, während in den §§ 44 bis 60 besonders bezeichnete Pflichten des dem Dienststand angehörigen Beamten normiert werden. Die allgemeinen Dienstpflichten bilden den nur subsidiär anwendbaren Rahmen für disziplinar relevantes Verhalten. Ein selbständiger Pflichtenverstoß gegen die in § 43 Abs. 1 und 2 BDG 1979 geregelten allgemeinen Dienstpflichten kann daher nur insoweit in Betracht kommen, als das dem Beamten angelastete Verhalten nicht den Tatbestand der Verletzung besonders bezeichneter Pflichten verwirklicht. Verletzt ein Beamter somit durch ein und dasselbe Verhalten in Idealkonkurrenz zugleich einen "besonderen" Tatbestand und einen Auffangtatbestand der allgemeinen Dienstpflichten, dann bildet ausschließlich der "besondere" Pflichtenverstoß die anzulastende Pflichtverletzung (vgl. dazu die hg. Erkenntnisse vom 21. März 1991, Zl. 91/09/0002, vom 30. Juni 1994, Zl. 93/09/0016, und vom 15. September 1994, Zl. 94/09/0111, sowie Kucsko-Stadlmayer, Das Disziplinarrecht der Beamten, 2. Auflage 1996, Seite 93f, und Schwabl-Chilf, Disziplinarrecht, 2. Auflage 1989, Seite 4, Anmerkung 4 zu § 43 BDG 1979).

Wie der Verwaltungsgerichtshof zur Zulässigkeit bzw. zur Untersagung der Nebenbeschäftigung eines Beamten bereits wiederholt ausgesprochen hat (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 31. Jänner 1983, Zl. 82/12/0098, vom 14. Mai 1984, Zl. 83/12/0110, vom 28. Februar 1996, Zl. 94/12/0109, und vom 19. November 1997, Zl. 97/12/0363), genügt das Vorliegen einer der drei in § 56 Abs. 2 BDG 1979 angeführten Voraussetzungen, um die Ausübung einer bestimmten Nebenbeschäftigung durch einen Beamten als unzulässig erscheinen zu lassen. Es ist in Ansehung des Vorliegens des Verdachtes der Befangenheit im Zusammenhang mit einer von einem Beamten ausgeübten Nebenbeschäftigung nicht Voraussetzung, daß die Ausübung der Nebenbeschäftigung bei dienstlichen Verrichtungen eine Befangenheit tatsächlich verursacht. Eine Nebenbeschäftigung ist vielmehr schon dann unzulässig, wenn durch ihre Ausübung in der Bevölkerung der Eindruck erweckt werden könnte, daß der Beamte bei der Vernehmung seines Dienstes nicht völlig unbefangen ist. Das Gesetz will nämlich verhindern, daß ein Beamter auf Grund der Ausübung einer Nebenbeschäftigung in eine Lage gerät, in der seine Fähigkeit zur unparteilichen Entscheidung gehemmt sein könnte, und durch eine solche Beschäftigung den von der dienstlichen Tätigkeit des Beamten berührten Personenkreis Anlaß gibt, an der Objektivität der Amtsführung Zweifel zu hegen. Im Zusammenhang mit der Untersagung einer Nebenbeschäftigung gemäß § 56 Abs. 2 dritter Tatbestand BDG 1979 ist zu berücksichtigen, daß die wesentliche Aufgabe des Dienstrechtes darin liegt, 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. Der Beamte hat andere Interessen als die des Dienstes - insbesondere seine eigenen - den dienstlichen Interessen unterzuordnen. Diese Pflicht, sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen, spricht die Verpflichtung des Beamten an, seine volle Einsatzfähigkeit in weiterem Sinn für den Dienst zu erhalten. Was dies im Einzelfall bedeutet und wo die Grenzen dieser "Treuepflicht" des Beamten (als Gegenstück zur Fürsorgepflicht des Dienstgebers) liegen, kann nur im Einzelfall unter verständiger Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände gesagt werden.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage ist im Beschwerdefall unbestrittenermaßen davon auszugehen, daß der Beschwerdeführer im Zeitraum März 1994 bis einschließlich Juni 1994 eine im Sinne des § 56 Abs. 2 BDG 1979 unzulässige Nebenbeschäftigung ausgeübt hat, wobei im gegebenen Zusammenhang dahingestellt bleiben kann, welchen bzw. welche der im § 56 Abs. 2 leg. cit. umschriebenen Tatbestände diese Nebenbeschäftigung erfüllte. Der Beschwerdeführer bestreitet auch nicht, daß er hinsichtlich dieser erwerbsmäßigen Nebenbeschäftigung seiner Meldepflicht gegenüber der Dienstbehörde nicht nachgekommen ist und ihm deswegen ein Pflichtenverstoß im Sinne des § 56 Abs. 3 BDG 1979 zu Recht vorgeworfen wurde.

Die belangte Behörde hat hinsichtlich der Würdigung des dem Beschwerdeführer mit Anschuldigungspunkt 1 vorgeworfenen Verhaltens verkannt, daß dieser "besondere" Pflichtenverstoß gegen § 56 Abs. 2 und Abs. 3 BDG 1979 nicht zusätzlich als Verletzung der allgemeinen Dienstpflichten nach § 43 Abs. 1 und 2 BDG 1979 angelastet werden durfte. Die Anschuldigung unter Punkt 1 betraf daher zu Recht einen Verstoß gegen § 56 Abs. 2 BDG 1979 (Ausübung einer unzulässigen Nebenbeschäftigung) sowie einen Verstoß gegen § 56 Abs. 3 BDG 1979 (Verletzung der Meldepflicht).

Der Tatzeitraum dieser Dienstpflichtverletzung wurde unter Punkt 1 im Spruch des angefochtenen Bescheides mit dem Zeitraum März 1994 bis einschließlich Juni 1994 umschrieben. Die unter Punkt 2 im Spruch des angefochtenen Bescheides angelastete Ausübung dieser unzulässigen Nebenbeschäftigung in der Nacht vom 24. zum 25. Juni 1994 wird daher in zeitlicher Hinsicht durch den Anschuldigungspunkt 1 erfaßt. Daß in dieser

(im Tatzeitraum nach Anschuldigungspunkt 1 gelegenen) Nacht die Ausübung der unzulässigen Nebenbeschäftigung "während seines Krankenstandes" erfolgte, ist als eine (weitere) Gefährdung wesentlicher dienstlicher Interessen im Sinne von § 56 Abs. 2 dritter Tatbestand BDG 1979 zu werten, vermag aber daran nichts zu ändern, daß auch durch dieses Verhalten vom Beschwerdeführer der Pflichtenverstoß der Ausübung einer unzulässigen Nebenbeschäftigung begangen wurde. Das unter dem Anschuldigungspunkt 2 dem Beschwerdeführer als zusätzliche weitere Dienstpflichtverletzung angelastete (und von diesem auch nicht geleugnete) Verhalten könnte allenfalls im Rahmen der Strafbemessung als erschwerender Umstand der unter Anschuldigungspunkt 1 begangenen Dienstpflichtverletzung gewertet werden. Der von der belangten Behörde hinsichtlich Anschuldigungspunkt 2 angenommene selbständige Pflichtenverstoß erweist sich somit als rechtswidrig.

Hinsichtlich der unter dem Anschuldigungspunkt 3 (im angefochtenen Bescheid) vorgeworfene Nichtbefolgung einer Weisung ist die Beschwerde aus folgenden Erwägungen im Ergebnis im Recht:

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, daß ihm der Bescheid der Dienstbehörde vom 8. Juli 1994 über seine vorläufige Suspendierung im Rahmen seiner niederschriftlichen Vernehmung am 11. Juli 1994 übergeben wurde und diesem Bescheid der schriftliche "Hinweis" mit dem Inhalt angeschlossen war, daß er auch während der Zeit der Suspendierung jeden Urlaub zu beantragen und jede Veränderung seines Aufenthaltes seiner Dienststelle im vorhinein zu melden habe. Solcherart steht aber fest, daß dem Beschwerdeführer eine von einem Vorgesetzten stammende normative Willensäußerung bekanntgemacht wurde. Entgegen der in der Beschwerde vorgebrachten Rechtsansicht wurde dem Beschwerdeführer damit eine Weisung erteilt. Von der Befolgung dieser (schriftlich erteilten) Weisung war der Beschwerdeführer auch als suspendierter Beamter nicht befreit (vgl. auch die hg. Erkenntnisse vom 8. September 1993, Zl. 93/09/0253, und vom 19. Dezember 1996, Zl. 95/09/0153).

Die Rüge des Beschwerdeführers, er habe sich über das Wochenende in Polen aufgehalten und für diese Zeit keinen Urlaub beantragen müssen, entbehrt der sachlichen Grundlage. Der ihm angelastete Zeitraum 5. September 1994 bis 8. September 1994 umfaßte nämlich die (offenkundig nicht dienstfreien) Werktage Montag bis Donnerstag.

Die belangte Behörde hat die Verantwortung des Beschwerdeführers, er habe seine beabsichtigte Auslandsreise seiner Dienststelle telefonisch gemeldet und die zum Nachweis der Befolgung der Weisung angebotenen Beweise ohne nähere Begründung im angefochtenen Bescheid als unerheblich abgetan. Der Beschwerdeführer rügt demnach zu Recht, daß ihm die Möglichkeit genommen wurde, die Befolgung der Weisung bzw. seine Schuldlosigkeit nachzuweisen. Daß die Verantwortung des Beschwerdeführers bzw. die angebotenen Beweise unerheblich wären, ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht zu finden. Die Sachverhaltsgrundlage des Schuldspruches im Sinne des Anschuldigungspunktes 3 wurde somit nicht ausreichend festgestellt bzw. von der belangten Behörde aufgrund eines mangelhaften (ergänzungsbedürftig gebliebenen) Verfahrens angenommen. Der Verwaltungsgerichtshof kann den angefochtenen Bescheid daher in dieser Hinsicht nicht auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhaltes prüfen (vgl. § 41 Abs. 1 VwGG).

Der Schuldspruch des angefochtenen Bescheides erweist sich somit aus den dargelegten Erwägungen als inhaltlich rechtswidrig. Die notwendige rechtliche Korrektur des gegen den Beschwerdeführers erhobenen Schuldvorwurfes zieht im Hinblick darauf, daß deren Auswirkungen auf die Ermessensübung der belangten Behörde bei der Strafbemessung nach der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht erkennbar sind (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 15. September 1994, Zl. 94/09/0111), die Aufhebung des Strafausspruches nach sich, ohne daß auf das Vorbringen des Beschwerdeführers zur Strafbemessung einzugehen war.

Der angefochtene Bescheid war daher im Umfang seines Schuld- und Strafausspruches gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994.